

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ
SETOR DE CIÊNCIAS JURÍDICAS - FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO - DOUTORADO**

**A POLÍTICA DE PATENTES DE MEDICAMENTOS E O DIREITO
FUNDAMENTAL À SAÚDE**

Marcelo Antonio Theodoro

**Curitiba - Paraná
2005**

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ
SETOR DE CIÊNCIAS JURÍDICAS - FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO - DOUTORADO**

**A POLÍTICA DE PATENTES DE MEDICAMENTOS E O DIREITO
FUNDAMENTAL À SAÚDE**

Marcelo Antonio Theodoro

Tese apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito, como requisito parcial para a obtenção do grau de Doutor, sob a orientação do Professor Doutor Alvacir Alfredo Nicz.

**Curitiba - Paraná
2005**

A POLÍTICA DE PATENTES DE MEDICAMENTOS E O DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE

Marcelo Antonio Theodoro

Orientador. Professor Doutor Alvacir Alfredo Nicz

Tese de Doutorado submetida ao Programa de Pós-graduação em Direito, da Universidade Federal do Paraná - UFPR, como parte dos requisitos necessários à obtenção do título de Doutor em Direito.

Aprovada por:

Presidente, Prof. Doutor

Prof. Doutor

Prof. Doutor

Prof. Doutor

Prof. Doutor

**Curitiba- Paraná
Agosto de 2005**

AGRADECIMENTOS

Nenhum trabalho científico se realiza isoladamente, sem apoio. Mas os agradecimentos costumam ser injustos. A uma porque nem sempre as palavras conseguem dimensionar toda a gratidão do autor por todos aqueles que, de alguma forma tornaram possível esta tarefa. A duas, porque ao nominar os co-responsáveis pelo objetivo alcançado, tende-se a cometer omissões, sempre explicáveis, mas jamais justificáveis.

De qualquer forma, é também um prazer que não se pode privar ao autor, após a realização de um sonho, que mesmo que se inicie de forma individual, passa a ser sonhado por todos ao seu redor.

Inicialmente cumpre agradecer novamente a dois grandes Professores, exemplos de dignidade, conhecimento e acima de tudo, generosas mostras de amizade incondicional: ALVACIR ALFREDO NICZ, a quem aprendi ao longo de tantos anos admirar e respeitar. Sua grandeza de espírito permitiu que aceitasse mais uma vez orientar esse trabalho de forma constante e presente, sendo responsável direto pelos eventuais êxitos que essa pesquisa possa render. CLÊMERTON CLÈVE, pela sugestão do tema, pelas sugestões bibliográficas, mas sobretudo pelo exemplo de estudioso do direito. A dedicação com a qual se volta para o estudo e para o ensino do direito, servem de inspiração para todos que como eu, podem privar de seu convívio, ainda que muitas vezes milhares de quilômetros de distância.

Agradeço também ao Dr. JOAO MEDEIROS, diretor da UNICEN, na qual coordeno com muito orgulho o Curso de Direito. Seu crédito desde que optei pela mudança de vida, saindo de Curitiba e descobrindo a mais lindas das primaveras, no interior do Brasil, foi o combustível necessário para poder concluir este trabalho.

Também não posso deixar de agradecer a todos os meus alunos, nesses quase onze anos de ensino. Alunos da PUC/PR, que por três vezes consecutivas me agraciaram com a honraria que guardo como a das mais importantes de minha carreira. Meus alunos de Guarapuava, tanto da Campo Real como posteriormente das Faculdades Guarapuava. Meus atuais alunos da UNICEN de Primavera do Leste. Agradeço muito pelo que aprendi a cada dia na sala de aula, nos corredores, na cantina, enfim na vida, pois alunos são para sempre alunos,

e com eles muito mais que ensinar, aprendemos. Particularmente, peço a todos permissão, para cumprimentá-los em nome de Roseli, Maristela, Míriam, Jocélia, todas de Guarapuava, que participaram do meu primeiro grupo de estudos sobre o tema da presente tese. Mariana, Flávia, Fernanda, Amado, Luizmar de Primavera, que me acompanham no segundo grupo de Estudos.

Meus colegas da Federal, na Pós-Graduação, tanto no mestrado, quanto no doutorado, com quem aprendi tanto, Bezerra, Gebran, Mayra, Thais, Ricardo, Sérgio Moro, Flávio, Guilherme, Letícia, Eros e tantos outros que de alguma forma marcaram esta despedida da minha querida casa, a Faculdade de Direito da UFPR, onde ingressei ainda na graduação em 1985.

Aos irmãos de ambas as confrarias, a minha sempre lembrança. E finalmente, meus amores LÚCIA e LUCAS, sem vocês, nada seria possível, sem vocês, nada teria importância.

À Lúcia e Lucas, por fazerem
valer a pena.

RESUMO

O presente trabalho analisa a partir de uma teoria constitucional adequada dos direitos fundamentais, o conflito entre o direito fundamental à saúde com o direito de propriedade, notadamente a propriedade intelectual, no que se refere a concessão das patentes de medicamentos. A ótica pela qual o tema é analisado é a concepção normativa dos dispositivos constitucionais, formados por princípios e regras que vinculam todo o ordenamento e, portanto, impõem ao intérprete que aplique todas as normas à luz da constituição. Exigido, pois, o cumprimento da função social da propriedade, a própria lei de patentes estabelece a possibilidade de concessão de licença compulsória em caso de interesse público. Neste sentido defende-se que esta decisão (sobre a licença compulsória), a despeito do indicativo da atuação política da administração pública, pode e deve ser tomada pelo Poder Judiciário mediante o devido impulso através das ações emancipatórias de garantia dos direitos fundamentais, entre as quais se apontou como a mais abrangente e eficaz a ação civil pública.

Palavras chave: direitos fundamentais, princípios, direito à saúde, direito à propriedade intelectual, lei de patentes, licença compulsória.

ABSTRACT

The current work analyses from the fundamental rights constitutional theory, the conflict between the fundamental right to health and the right to property, concerning drugs patents concession. The optic by which the system is seen is the constitutional devices normative conceptions, made by rules and principles that link the entire order and, therefore imposes the interpreter to apply all of those rules, to the light of the constitution. Demanded therefore the fulfillment of the property social role, the patents law itself establish the possibility of conceding compulsory license in case of public interest. In this matter is defended that this decision (about the compulsory license), despite of the fact that this is the public administration political role, could and must be taken by the judiciary power by means of the impulse through the emancipator actions for the fundamental rights guaranty, among which is pointed as the most enclosing and efficient public civil action.

Keywords: fundamental rights, principles, right to health, right to property, patents law, compulsory license.

SÚMARIO

INTRODUÇÃO.....	1
CAPÍTULO I : UMA TEORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS CONSTITUCIONALMENTE ADEQUADA.....	4
Notas Introdutórias.....	5
1 Terminologia – direitos fundamentais ou direitos humanos?.....	7
2 Histórico dos direitos fundamentais.....	11
2.1 Antecedentes históricos.....	11
2.2 O reconhecimento dos direitos fundamentais na esfera do direito positivo.....	14
3 As dimensões ou gerações dos direitos fundamentais e a crítica ao critério histórico de sua classificação.....	18
4 Direitos fundamentais na ordem constitucional e as teorias quanto a sua efetividade.....	24
4.1 Classificação de José Afonso da Silva.....	24
4.2 A classificação proposta por Celso Ribeiro Bastos e Carlos Ayres Britto.....	27
4.3 Sistematização Proposta de Luís Roberto Barroso.....	32
4.4 Eficácia das normas programáticas.....	34
4.5 Os parágrafos 1º e 2º do artigo 5º da Constituição Federal.....	39
5 A teoria dos quatro ‘status’ de Jellinek	46
6 As posições jurídicas fundamentais de Alexy.....	48
7 A contribuição de Vieira de Andrade.....	52
8 Restrições aos Direitos Fundamentais.....	54
8.1 Limites Internos.....	56
8.2 Limites Externos.....	57
8.3 Limites Imanentes.....	58
9 Limites às restrições (limites dos limites).....	61
10 Direito a prestações.....	63
11 Direitos fundamentais sociais.....	66
12 A Constituição como sistema aberto de princípios e regras – o caráter principiológico das normas de direito fundamental.....	69
12.1 A distinção entre regras e princípios.....	69
12.2 A polêmica entre Virgílio Afonso da Silva e Humberto Ávila sobre a teoria dos princípios.....	82
13 Interpretação e concretização constitucional.....	89
13.1 Métodos clássicos de Interpretação.....	91
13.2 A Superação do Método Convencional.....	95
13.3 A Interpretação Constitucional Concretizadora.....	98
13.4 O juízo de ponderação.....	101
13.5 Da aplicação prática do princípio da proporcionalidade.....	107
14 Considerações finais do Capítulo I.....	113

CAPÍTULO II : DIREITO À SAÚDE E DIREITO À PROPRIEDADE INDUSTRIAL.....	114
Notas Introdutórias.....	115
15 Direito à saúde um direito fundamental.....	116
15.1 Direito à saúde na Constituição Federal de 1988.....	121
15.2 Integração legislativa.....	124
15.3 Políticas de saúde pública no Brasil.....	126
1.4 O quadro de algumas doenças crônicas no Brasil.....	131
16 Direito Fundamental à propriedade Intelectual.....	139
16.1 Sistema de Proteção de Patentes - Considerações históricas.....	142
16.2 O Brasil e a propriedade industrial : evolução constitucional.....	146
17 Lei de Propriedade Industrial.....	153
17.1 Das Patentes.....	154
17.2 Patenteabilidade.....	156
17.3 Do pedido de patente.....	160
17.4 A Concessão e a vigência da patente.....	165
17.5 Proteção conferida pela patente.....	167
17.6 Nulidade da patente.....	169
17.7 Da cessão e das anotações.....	170
17.8 Das licenças.....	171
17.9 A patente de interesse da defesa nacional.....	177
17.10 Certificado de adição de invenção.....	179
17.11 Extinção da patente.....	180
17.12 Retribuição anual.....	180
17.13 Invenção e modelo de utilidade realizado por empregado ou prestador de serviço.....	181
17.14 Crimes contra a propriedade industrial.....	183
17.15 Disposições transitórias e finais.....	184
18 Política Brasileira de Medicamentos.....	186
18.1 Acesso gratuito e universal a medicamentos pelos portadores do vírus do HIV.....	187
18.2 Medicamentos gratuitos x patentes.....	190
18.3 Programa de medicamentos genéricos.....	193
18.4 Regulação e registro de preços.....	201
18.5 Intervenção estatal sobre medicamentos em outros países.....	204
18.6 Aquisição de medicamentos pelo Ministério da Saúde no Brasil....	205
18.7 Liberação de preço de medicamentos.....	206

CAPÍTULO III: A TUTELA JURISDICIONAL DO LICENCIAMENTO COMPULSÓRIO EM CASO DE INTERESSE PÚBLICO (ART. 71 DA LEI 9279/96)

Notas Introdutórias.....	212
19 O interesse público de que trata o art. 71 da Lei9279/96.....	215
20 A postura judicial diante dos <i>hard cases</i>	218

21 O art. 71 da Lei de Patentes e a Omissão do Executivo.....	226
22 O art. 71 interpretado à luz da Constituição.....	233
23 As críticas referentes a separação dos poderes e o chamado ativismo judicial.....	236
24 Da proposta emancipatória da sindicabilidade da licença compulsória e os problemas na esfera do comércio internacional.	239
25 Da atuação do legislativo em relação à problemática das patentes de medicamentos.....	240
26 Ação Civil Pública, o mecanismo jurídico mais adequado para a busca da tutela jurisdicional dos direitos sociais.....	243
 27 À GUIA DE CONCLUSÃO.....	248
28 Conclusão Tópica.....	251
 REFERÊNCIAS	254

INTRODUÇÃO

A propriedade intelectual, seu desdobramento em propriedade intelectual e finalmente a política de patentes de medicamentos no Brasil a partir da Lei 9.279/1996, são temas quase sempre defesos à análise dos constitucionalistas brasileiros.

Com as honrosas exceções, a maioria, citada ao longo da pesquisa, pouquíssimos juristas se ocuparam do assunto, e quando o fizeram, trataram-no sob a ótica das relações privadas, ou ainda da proteção ao direito da propriedade.

O objetivo deste trabalho desde logo demonstrou-se pretensioso. Isto porque se buscou demonstrar que a partir de um discurso constitucional emancipatório, é possível a através do Poder Judiciário, atender ao comando constitucional em favor do direito fundamental à saúde, sem depender exclusivamente da atuação concreta do Executivo, ou da gestão política do Legislativo.

Para tanto, no Capítulo I, tratou-se de retomar uma trajetória já conhecida do autor, na escolha de uma Teoria de Direitos Fundamentais adequada, optando pelo reconhecimento da força vinculante e da normatividade constitucional, formada por um sistema de princípios e regras.

Ainda nesse primeiro capítulo, eleitos ROBERT ALEXY e RONALD DWORKIN, como marcos teóricos, defendeu-se a necessidade de uma interpretação especificamente constitucional, capaz de dar efetividade jurídica às normas constitucionais que tratam dos direitos fundamentais e, mais precisamente, as normas definidoras de direitos sociais.

Alguns paradigmas foram contestados. Inicialmente o paradigma da classificação tríplice de JOSÉ AFONSO DA SILVA, que a despeito de seu imenso valor como jurista, traz a idéia de normas limitadas de natureza programática e que portanto não produzem eficácia jurídica ou produzem a mínima eficácia, se não forem realizados seus programas pelo Executivo.

Em segundo lugar, mas não menos importante, o rompimento com o dogma da separação dos poderes, estanque tal qual vem sido defendida há décadas pela jurisprudência brasileira, acompanhada de doutrinadores de escol.

No capítulo segundo, fugindo do tradicional discurso exclusivamente teórico, partiu para a análise dos direitos que se buscava confrontar. O direito fundamental à saúde e o direito de propriedade, *in casu*, a propriedade intelectual protegida pela Lei de Patentes.

Nesse capítulo foi realizada uma detalhada abordagem sobre o direito à saúde, sua proteção legislativa, e a política de saúde a partir da distribuição de medicamentos por parte do Estado. Também no Capítulo II foi realizada uma minuciosa abordagem sobre a Lei de Patentes (9.296/96), explicando-a, com destaque para o art. 71 desta referida lei, que trata do licenciamento compulsório em casos de interesse público. Também nesse capítulo segundo, abordou-se a política de produção dos medicamentos genéricos, e as dificuldades encontradas por pacientes de doenças crônicas no Brasil, para obterem tratamento a partir de remédios comprovadamente eficazes.

No capítulo terceiro e último, levantou-se a discussão sobre a atuação concretizadora do judiciário, no que tange à proteção ao direito à saúde, demonstrando a partir da citação de algumas decisões, que tal direito já vem sendo protegido a partir das ações individuais (quase sempre através de Mandados de Segurança). Todavia o Executivo enfrenta escassez de recursos e ao mesmo tempo se omite em relação ao poder-dever conferido pelo art. 71 da Lei de Patentes, para determinar as licenças compulsórias nos casos em que haja

necessidade. No mesmo capítulo final, a proposta é de que o Poder Judiciário rompa com as barreiras impostas pelo dogma da Separação dos Poderes e, desde que legitimamente provocado, conceda em sede de decisão, licenças compulsórias em atendimento ao interesse público previsto na Lei. Esta decisão deve ser pautada por um discurso racional, emancipatório e calcado nos princípios de interpretação especificamente constitucional, tal qual os listados por LUIS ROBERTO BARROSO. Finalmente apontou-se a Ação Civil Pública como o instrumento mais adequado para buscar a tutela dos interesses difusos que envolvam a proteção ao direito à saúde.

A pesquisa mostrou-se árida. Muitas vezes a doutrina estrangeira foi o recurso que restou diante das poucas obras nacionais que tratam do assunto. Mas em tempos modernos, a globalização também trouxe algo de bom. O acesso imediato às informações a partir da rede mundial de computadores, a INTERNET. E o autor, mesmo no interior do Brasil, utilizou-se de fontes advindas desse recurso, para sustentarem em forma de dados, aquilo que embora visível, precisa ser demonstrado.

Já se mencionou que a pesquisa é pretensiosa. Seus resultados estão à prova. Mas ao menos a consciência de poder escrever sobre aquilo que se acredita, já atendeu ao menos a maior das expectativas, a de que é possível.

CAPÍTULO I

UMA TEORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS CONSTITUCIONALMENTE ADEQUADA

Notas Introdutórias

As bases teóricas para a construção da presente tese, são imprescindíveis para o entendimento do problema. Faz-se necessária a construção de um alicerce teórico que situe os direitos em colisão dentro de uma teoria adequada, na visão do pesquisador, de direitos fundamentais e de interpretação constitucional. Nesse primeiro momento, o marco teórico fica bem claro e apesar das críticas, não se entende inadequada a utilização das idéias de ROBERT ALEXY e RONALD DWORKIN além de outros autores estrangeiros, para construir uma teoria de direitos fundamentais constitucionalmente adequada em se falando do direito brasileiro.

Não se esqueceu, em momento algum, que a doutrina americana (DWORKIN) é sustentada pela investigação dos casos concretos (*hard cases*) numa opção explicitamente difusa para interpretar a Constituição. Também não se ignorou o modelo liberal que impera, inclusive sobre o direito norte-americano. Porém em relação a essa doutrina, ressaltou-se a posição ativa do judiciário, exemplificada ao final do trabalho pelo ativismo da corte WARREN.

Já quanto à doutrina alemã (ROBERT ALEXY), apesar de não haver a inclusão de direitos sociais na Lei Fundamental de Boon, não há como negar a inspiração das decisões do Tribunal Constitucional em favor do princípio da dignidade da pessoa humana. E o que dizer da proposta hermenêutica de HABERLE, bem como da utilização do juízo de ponderação, após o reconhecimento da normatividade constitucional.

Desde da polêmica atemporal de LASSALLE e HESSE sobre a normatividade da Constituição, principalmente dos princípios constitucionais fundamentais, a escolha do método hermenêutico mais adequado ocupa os doutrinadores constitucionalistas. Cita-se por

exemplo ELSEN e a moldura hermenêutica, MULLER e sua teoria estrutural, no Brasil, entre outros, CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO e CARLOS MAXIMILIANO.

Mas a discussão hoje, felizmente, está tomando outro rumo. Não há um método hermenêutico, mas uma compreensão hermenêutica a ser desvendada. E esta compreensão passa pelo reconhecimento de que os direitos fundamentais são normas jurídicas e que dentre essas, estão incluídos os princípios fundamentais dotados de normatividade, nos quais estão inseridos os chamados direitos prestacionais sociais, que, ante a unidade constitucional e sua força normativa, devem buscar efetividade, jurídica e social .

E finalmente que estes direitos prestacionais sociais, ante a unidade constitucional e sua força normativa, devem buscar efetividade, jurídica e social.

Esse é o modelo de transformação social a partir do direito. Nada de formas exageradamente complexas, mas também nada do simplismo frustrante que, ausente de instrumental teórico, abandona o sistema constitucional à sua própria sorte.

O que se propõe é a adoção de um modelo constitucionalmente adequado que permita a emancipação dos direitos fundamentais e, entre eles, os direitos prestacionais de natureza social, a partir de um discurso prospectivo, racional e fundamentado. Inicia-se, pois, com a referida busca de uma teoria de direitos fundamentais constitucionalmente adequada.

1 Terminologia – Direitos Fundamentais ou Direitos Humanos?

Inicialmente, cumpre adequar terminologicamente o que e quais são os direitos fundamentais, bem como de que forma os direitos sociais ganham contornos de fundamentabilidade.

Para que tal tarefa fosse realizada, foram escolhidos alguns autores de suma importância para essa nova fase vivida pelo constitucionalismo, qual seja, a valorização dos direitos fundamentais.

VIEIRA DE ANDRADE¹ assevera que os direitos fundamentais podem ser vistos por diversas perspectivas: a filosófica ou naturalista os concebe como direitos de todos os homens, em todos os tempos e em todos os lugares; a universalista ou internacionalista os considera direitos de todos os homens, em todos os lugares, mas por um certo tempo; a estadual ou universal os têm como direitos dos homens, num determinado tempo e lugar.

Tal contexto aproxima-se da preocupação de INGO SARLET², segundo a qual o termo “direitos humanos” ganha um contorno mais amplo e impreciso do que a expressão “direitos fundamentais” que exprime um sentido mais preciso e delimitado, sempre em relação a um Estado de Direito.

A visão jusnaturalista dos direitos fundamentais terá sua importância histórica no que concerne à evolução histórica dos direitos fundamentais, a qual se tratará adiante, todavia sua imprecisão e subjetividade impedem a adoção dessa perspectiva para a presente pesquisa.

¹ ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976**. Coimbra: Almedina, 1987, p. 11.

² SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 32.

Também não atende às expectativas a visão universalista ou internacional dos direitos fundamentais, defendida contemporaneamente sob o título de “Direitos Humanos”³.

JORGE MIRANDA⁴ destaca três razões para que não se adote o termo “direitos do homem” (ou direitos humanos) e sim “direitos fundamentais”: 1º) por ser, neste momento, um anglicismo sem a sedimentação de 200 anos da expressão direitos do homem (esta só, parcialmente de origem francesa); 2º) por permitir inculcar direitos inerentes à humanidade ou ao gênero humano, sem pertinência a cada pessoa concreta, cujos direitos poderiam, assim não ser respeitados; 3º) por não poder permitir inferir que com a expressão “direitos do homem” possa se considerar que as mulheres também são inseridas no contexto.

PÉREZ LUÑO afirma que

os termos ‘direitos humanos e direitos fundamentais’ são utilizados, muitas vezes como sinônimos” mas “não tem faltado tentativas doutrinárias voltadas para explicar o respectivo alcance de ambas as expressões”, o que resulta na dicotomia. “Assim se tem feito pé firme na propensão doutrinal e normativa de reservar o termo ‘direitos fundamentais’ para designar os direitos naturais positivos no nível interno”, ao passo que “a fórmula ‘direitos humanos’ seria a mais usual para denotar não só os direitos naturais positivados nas declarações e convenções internacionais, mas também aquelas exigências básicas relacionadas com a dignidade, liberdade e igualdade da pessoa que não alcançou um estatuto jurídico-positivo”⁵.

Por sua vez, MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO afirma que o termo “direitos humanos” está politicamente correto, inclusive merecendo o tratamento de “direitos humanos fundamentais, de que os direitos fundamentais são uma abreviação”⁶.

Em outra passagem FERREIRA FILHO afirma que a substituição do termo “direitos humanos” por “direitos humanos fundamentais” ocorreu por pressões dos

³ Ver por todos PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e direito constitucional internacional**. São Paulo: Max Limonad, 1996.

⁴ MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. 3. ed. Coimbra: Coimbra, 2000, Tomo IV, p. 53.

⁵ LUÑO, Pérez Antonio-Enrique. **Los derechos fundamentales**. 4. ed. Madrid: Tecnos, 1991, p. 44, apud BARROS, Sérgio Rezende de. **Direitos humanos: paradoxo da civilização**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 33.

⁶ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos humanos fundamentais**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 14.

movimentos feministas, evitando a associação do termo “direitos humanos” com “direitos do homem”⁷.

Para o professor da USP, houve um real efeito negativo que contribuiu para a tendência dissociativa do instituto, o que de certo modo enfraquece a defesa dos direitos humanos não só na ordem interna, mas também no plano internacional.⁸

Quem acompanha FERREIRA FILHO com veemência é o Professor SÉRGIO RESENDE DE BARROS para quem

a tendência dissociativa entre direitos fundamentais e direitos humanos deve ser repelida. Ainda mais, porque discrimina contra os direitos humanos, chancelando os usos linguísticos, jurídicos, políticos e mesmo comuns de nosso tempo”...

E, prossegue RESENDE DE BARROS

o instituto nasceu uno e nunca foi senão um, conquanto admita, como outros institutos e conceitos jurídicos, níveis ou campos de compreensão e de extensão que podem variar do mais geral ou mais particular e operacional”⁹.

Respeitando todas as posições em contrário, expressamente mencionadas já em pesquisa anterior¹⁰, afirmava-se a opção pela expressão “direitos fundamentais” como conceito de direitos do homem constantes de uma ordem constitucional interna de um Estado de Direito específico.

As razões deste posicionamento estão próximas das defendidas por JORGE MIRANDA e por INGO SARLET.

Com a evidência da crueldade das potências mundiais no que se refere à proteção dos direitos humanos e com a tensão aflorada neste novo milênio, na forma explícita do ódio racial e religioso, nunca esteve tão atual a Declaração de Direitos Humanos da ONU de 1948. Por consequência, o Direito Internacional tende a garantir algum espaço de efetividade

⁷ Aliás, utilizado pela “Declaração de direitos do homem e do cidadão” de 1789 na França.

⁸ FERREIRA FILHO, op.cit., p. 15.

⁹ BARROS, op.cit., p. 38.

mediante o Tribunal Penal Internacional e a própria Corte de Haia. Ocorre, no entanto, que mesmo com as atenções da doutrina jurídica acesa para estes acontecimentos, ainda hoje, não conseguiu transportar a proteção internacional dos direitos humanos em direito do homem individual ou coletivamente, além das fronteiras estatais. Nem mesmo a proteção ao meio ambiente decantada após a assinatura do protocolo, agora tratado de Kioto (fev/2005) pôde ser imposta ultra-fronteiras contra os Estados que não assinaram o referido protocolo, v.g os Estados Unidos da América.

Por todo o exposto, seguir-se-á adotando o termo “direitos fundamentais”, ao se tratar dos direitos humanos plasmados na ordem constitucional brasileira, em especial o direito fundamental à saúde.

Lembre-se, todavia, que nessa perspectiva não há muito auxílio do constituinte brasileiro de 1988, perde-se em expressões tais como: direitos humanos (art. 4º II); direitos e garantias fundamentais (Título II e art. 5 §1º); direitos e liberdades constitucionais (art. 5º, inc. LXXI), direitos e garantias individuais (art. 60, § 4, inc. IV), sem contar o objeto principal desta pesquisa, ou seja, os direitos sociais (art. 6º e seus desdobramentos).

Assim, embora doutrinariamente se possa escolher o termo “direitos fundamentais”, não há como desviar de todas as imprecisões semânticas; ao contrário, recorre-se a elas quando necessário, em favor do desenvolvimento da tese defendida nesta pesquisa.

¹⁰ Cf. THEODORO, Marcelo Antonio. **Direitos fundamentais e sua concretização**. Curitiba: Juruá, 2002.

2 Histórico dos Direitos Fundamentais

2.1 Antecedentes históricos

Ao tratar do surgimento dos direitos fundamentais, em geral parte-se exatamente do reconhecimento de sua existência, já na modernidade, a partir das revoluções burguesas¹¹.

Tal abordagem, premida muitas vezes pelos próprios objetivos da pesquisa, deixa de contemplar uma importante fase do desvendamento desses direitos que pode se denominar, acompanhando SARLET¹², de pré-história dos direitos fundamentais, ou ainda, conforme VIEIRA DE ANDRADE¹³, “proto-história”.

Apesar de os direitos fundamentais, tal como modelados no direito positivo, não terem surgido na antigüidade, pode-se afirmar que por meio da religião e da filosofia, algumas idéias vieram a influenciar o pensamento jusnaturalista e a sua concepção de que o ser humano, pelo simples fato de existir, é titular de alguns direitos naturais e inalienáveis, de tal sorte que essa fase costuma ser denominada de “pré-história” dos direitos fundamentais.

Valores como dignidade da pessoa humana, igualdade e liberdade encontram suas raízes na filosofia clássica, notadamente a greco-romana, e no pensamento cristão.

A democracia ateniense, por exemplo, fundou-se na figura do homem livre e dotado de individualidade. Do Antigo Testamento, a idéia do homem como ponto culminante da criação divina. Tanto na doutrina estóica greco-romana, como no cristianismo, veio a idéia de igualdade dos homens em dignidade e para os cristãos perante Deus.¹⁴

Contribui também, a formulação jusnaturalista, para o posterior reconhecimento dos direitos fundamentais, nos processos revolucionários do século XVIII.

¹¹ É o que ocorre na maioria dos manuais. Por todos ver SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 14 ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

¹² SARLET, op.cit., p. 38 et. seq.

¹³ ANDRADE, op.cit., p. 11.

Desde a Idade Média desenvolveram-se postulados de cunho suprapositivo que se prestaram para orientar e limitar o poder, atuando como critérios de legitimação do seu exercício.¹⁵

O cristianismo deu uma nova densidade ao conceito de dignidade humana, sobretudo durante a Idade Média, depois de São Tomás de Aquino e com a poderosa influência escolástica. “O homem é, todos os homens são, filhos de Deus, iguais em dignidade, sem distinção de raça, cor ou cultura. Por outro lado, o homem não é qualquer criatura, participa do divino através da Razão, a qual iluminada e completada pela Fé (*rectra ratio*), lhe indica o caminho a seguir. A distinção entre o Bem e o Mal era assim, acessível ao homem, que podia conhecer o Direito Natural, anterior e superior ao poder temporal – a lei divina que governava o Universo¹⁶.

A partir do século XVI, mas principalmente nos séculos XVII e XVIII, através das doutrinas contratualistas, é que a doutrina jusnaturalista chega ao seu ponto culminante. A razão passa a ocupar o espaço antes destinado a divindade. O indivíduo passa a ser o ponto de partida autônomo da ordem social e política.

Só agora, a dignidade jusnaturalista que já dava ao homem um direito de resistência, transforma-se numa força espiritual capaz de revolução¹⁷.

SARLET¹⁸, traz, nomeadamente, os expoentes do jusnaturalismo, a saber (*verbis*):

No século XVI os teólogos espanhóis (Vitória y las Casas, Vázquez de Menchaca, Francisco Suarez e Gabriel Vázquez), que pugnaram pelo reconhecimento dos direitos naturais aos indivíduos, (...) tidos como a liberdade e dignidade da pessoa humana(...). H Grócio, que divulgou seu apelo à razão como fundamento último do direito, (...) afirmou sua validade universal, visto que comum a todos os seres humanos, independente de crenças religiosas. (...) Hugo Donellus, que, já em

¹⁴ Ibid., p. 38.

¹⁵ PEREZ, **Los derechos fundamentales** apud SARLET, op.cit., p. 38.

¹⁶ ANDRADE, op.cit., p 12-13.

¹⁷ Ibid., p. 13.

¹⁸ SARLET, op.cit, p. 39.

1589, ensinava aos seus discípulos, em Nuremberg, que o direito a personalidade englobava direitos à vida, à integridade corporal e à imagem, (...) Johannes Althusius, que, (...) defendeu a idéia da igualdade humana e da soberania popular, (...) pregando, ainda, que as liberdades expressas em lei deveriam ser garantidas pelo direito de resistência.

No século XVII, por sua vez, a idéia de direitos naturais inalienáveis do homem e da submissão da autoridade aos ditames do direito natural encontrou eco e elaborada formulação nas obras de (...) H. Grócio (1583-1645), do alemão Samuel Pufendorf (1632-1694) e dos ingleses John Milton (1608-1674) e Thomas Hobbes (1588-1679). Ao passo que Milton reivindicou o reconhecimento dos direitos de autodeterminação do homem, de tolerância religiosa, da liberdade de manifestação oral e de imprensa, bem como a supressão da censura, Hobbes atribuiu ao homem a titularidade de determinados direitos naturais, que no entanto, alcançavam validade apenas no estado da natureza, encontrando-se, no mais, à disposição do soberano. (...) Lord Edward Cooke (1552-1634), de decisiva importância na discussão em torno da *Petition of Rights* de 1628, o qual, em sua obra e nas manifestações públicas como juiz e parlamentar, sustentou a existência de *fundamental rights* dos cidadãos ingleses, principalmente no que diz com a proteção da liberdade pessoal contra a prisão arbitrária e o reconhecimento do direito de propriedade, tendo sido considerado o inspirador da clássica tríade vida, liberdade e propriedade, que se incorporou ao patrimônio do pensamento individualista burguês. Decisiva, inclusive pela influência de sua obra sobre os autores iluministas, de modo especial os franceses, alemães e americanos do século XVIII, foi também a contribuição doutrinária de John Locke (1632-1704), primeiro a reconhecer aos direitos naturais inalienáveis do homem (vida, liberdade, propriedade e resistência) uma eficácia oponível, inclusive, aos detentores do poder, este, por sua vez, baseado no contrato social. (...) Foi principalmente (...) com Rousseau (1712-1778), na França, T. Paine (1737-1809), na América e com Kant (1724-1804), na Alemanha (Prússia), que, no âmbito do iluminismo de inspiração jusnaturalista, culminou o processo de elaboração doutrinária do contratualismo e da teoria dos direitos naturais do indivíduo, tendo sido T. Paine quem na sua obra popularizou a expressão “direitos do homem” no lugar do termo “direitos naturais”. (...) ¹⁹

Os direitos fundamentais são, nessa sua dimensão natural, direitos absolutos, imutáveis e intemporais, inerentes à qualidade de homem de seus titulares, e constituem um núcleo restrito que se impõe a qualquer ordem jurídica²⁰.

¹⁹SARLET. *op.cit.*, 39-41

2. 2 O reconhecimento dos direitos fundamentais na esfera do direito positivo

Segundo PEREZ LUÑO²¹, é na Inglaterra, no século XIII, que encontramos o principal documento referido pelos estudiosos da evolução dos direitos humanos. Trata-se da *Magna Charta Liberatum* firmada em 1215 pelo Rei João Sem Terra e pelos bispos e barões ingleses.

Esse documento, embora tenha servido apenas para garantir aos nobres ingleses alguns privilégios feudais, alijando, em princípio a população do acesso “aos direitos” consagrados no pacto, serviu como base para o reconhecimento de alguns direitos e liberdades civis clássicos, tais como o “*habeas corpus*” o devido processo legal e a garantia de propriedade.²²

Outros documentos contemporâneos à Magna Carta foram outorgados pelos reis da Espanha e de Portugal, mas a nenhum desses pactos pode-se reconhecer o legítimo caráter de “direitos fundamentais”, uma vez que foram outorgados pela autoridade real num contexto social e econômico marcado pela desigualdade, onde grande parcela da população era preterida do gozo desses direitos.

Outra importante etapa é constituída pelas declarações de direitos inglesas do século XVII, como a “Petition of Rights” (1628) firmada por Carlos II e o “Bill of Rights” de 1689 que entrou em vigor já no reinado de Guilherme D’Orange, resultado da “Revolução Gloriosa” de 1688.

Os direitos emanados dessas declarações são os de liberdades como o princípio da legalidade penal, proibição de prisões arbitrárias, *habeas corpus*, direito de petição além de uma certa liberdade de expressão²³.

²⁰ Cf. ANDRADE. op.cit., p. 14

²¹ Apud, SARLET. op. cit., p. 41

²² PEREZ LUÑO, apud SARLET, op.cit., p. 42

²³ SARLET op. cit., p. 44

O reconhecimento dos Direitos Fundamentais na ordem constitucional, saídos do jusnaturalismo, tem sua transição na Declaração de Direitos do Povo da Virgínia de 12 de janeiro de 1776, seguida por outras ex-colônias americanas que as mantiveram após a independência de 04 de julho de 1776, já como Estados. Em 1791, foram aprovadas pelo congresso americano dez emendas à Constituição conhecidas com Bill of Rights, ratificadas em 15 de dezembro de 1791²⁴.

Conforme explica TORRECILLAS RAMOS,

(...)Não só a Constituição americana mas também suas emendas, *Bill of Rights*, exerceram influência na declaração de Direitos e na Constituição francesa.(...) Em 26 de agosto de 1789 a Assembléia Nacional francesa aprovou a “Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão”. Dois anos após, em 1791, nos dias 3-14 de setembro a França preparava e redigia sua Constituição, conforme Louis Favoreu et als, *Droit Constitutionnel*, incorporando a Declaração de Direitos (...)”²⁵.

Um dos principais dispositivos dessa declaração assevera que “qualquer sociedade em que não seja assegurada a garantia dos direitos fundamentais nem estabelecida a separação dos poderes, não tem constituição”²⁶.

VIEIRA DE ANDRADE ressalta que nesse dispositivo descortinam-se dois momentos característicos do novo entendimento sobre direitos fundamentais.

Por um lado, no seguimento da tradição, liga os direitos fundamentais, concebidos ao quadro do jusracionalismo, à separação dos poderes, na função comum que lhes cabe de instrumentos de limitação do poder absoluto (da soberania). (...) Por outro lado, essa limitação efetiva do poder alcança-se através da consagração constitucional dos direitos²⁷.

²⁴ Cf. RAMOS, Dircêo Torrecillas. In. **As vertentes do direito constitucional contemporâneo**. Coord. Ives Gandra Silva Martins. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2001, p. 489.

²⁵ Ibid. p. 489/490

²⁶ Art. 16 da Declaração de direitos do homem e do cidadão. França - 1789

²⁷ ANDRADE, op.cit., p 27

Ou seja, passa-se de uma fase em que se identificam direitos inatos do homem, para uma segunda fase de consagração desses direitos como limitadores efetivos do poder estatal.

Em razão da Revolução Industrial e da grave crise enfrentada pelo capitalismo como modelo econômico houve reação por parte dos trabalhadores, muitos seduzidos pelo discurso marxista.

As constituições mexicana, de 1917, e a de Weimer, de 11 de agosto de 1919, principalmente esta última, entraram para a história como os primeiros modelos sociais de constituição que passaram a tratar da ordem econômica e social, traduzindo uma nova fase do constitucionalismo.

A despeito da sua não aplicação, é inegável a contribuição da Constituição de Weimer ao constitucionalismo assim entendido o reconhecimento da normatividade e efetividade das normas constitucionais definidoras de direitos sociais.

Após a tragédia das duas guerras mundiais, surge a idéia de uma nova Declaração de Direitos. Com a aprovação da Carta das Nações Unidas, elaborada em São Francisco no ano de 1945, a busca é pela paz mundial, através do entendimento entre os Estados.

Mas é em Paris, no dia 10 de dezembro de 1948, que se assina a Declaração Universal dos Direitos do Homem em seguida proclamada pela Organização das Nações Unidas (ONU). Esta importante declaração prevê a segurança social e a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais necessários à dignidade e ao livre desenvolvimento da personalidade²⁸.

As Constituições ocidentais embora não agregassem *in totum* o conteúdo da Declaração, passaram a recepcionar pouco a pouco esses direitos em seu catálogo de direitos fundamentais.

²⁸ RAMOS, op. cit., p. 490

Evidentemente, à medida que as constituições vão sendo reconhecidas como documentos normativos vinculantes, maior força vai ganhando a o conjunto dos direitos fundamentais dentro dessas Constituições.

O que resta em termos históricos é lembrar que após a positivação dos direitos fundamentais, esses vêm passando por inúmeras modificações, sendo que o desafio é outro, pois concerne agora a sua concretização.

3 As dimensões ou gerações dos direitos fundamentais e a crítica ao critério histórico de sua classificação.

Uma vez conquistado o reconhecimento nas ordens jurídicas, a partir do constitucionalismo, como visto no item anterior, as diversas transformações pelas quais passaram os direitos fundamentais, com a mudança de paradigmas e acréscimo de novos conceitos, seja por revisão das tendências individualistas ou ainda dos modelos econômicos adotados pelos diversos Estados, a verdade é que para compreensão dessas mutações, a doutrina vem tratando das chamadas “gerações dos direitos fundamentais”.

Em 1979, proferindo aula inaugural no Curso do Instituto Internacional dos Direitos do Homem, em Estrasburgo, o jurista Karel Vasak utilizou, pela primeira vez, a expressão “gerações de direitos do homem”, buscando, metaforicamente, demonstrar a evolução dos direitos humanos com base no lema da revolução francesa (liberdade, igualdade e fraternidade).

De acordo com o referido jurista, a primeira geração dos direitos humanos seria a dos direitos civis e políticos, fundamentados na liberdade (*liberté*). A segunda geração, por sua vez, seria a dos direitos econômicos, sociais e culturais, baseados na igualdade (*égalité*). Por fim, a última geração seria a dos direitos de solidariedade, em especial o direito ao desenvolvimento, à paz e ao meio ambiente, coroando a tríade com a fraternidade (*fraternité*)²⁹

NORBERTO BOBBIO foi um dos principais responsáveis pela divulgação e desenvolvimento dessa teoria em seu clássico “A Era dos Direitos”³⁰.

²⁹ PIOVESAN, Flávia. **Temas de direitos humanos**. São Paulo: Max Limonad, 1998, p. 28

³⁰ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro:Ed. Campus, 1992, p. 28.

No Brasil, o Professor PAULO BONAVIDES é entusiasta desta classificação, a qual se reflete em seu “Curso de Direito Constitucional”, apresentando quatro gerações de direitos fundamentais, a saber: direitos de primeira geração

são os direitos de liberdade, os primeiros a constarem do instrumento normativo constitucional, a saber, os direitos civis e políticos, que em grande parte correspondem, por um prisma histórico, àquela fase inaugural do constitucionalismo do Ocidente.³¹

Já os direitos de segunda geração, para o jurista cearense

são os direitos sociais, culturais e econômicos bem como os direitos coletivos ou de coletividades, introduzidos no constitucionalismo das distintas formas de Estado social, depois que germinaram por obra da ideologia e da reflexão antiliberal deste século.³²

Os direitos de terceira geração, prossegue BONAVIDES

têm por primeiro destinatário o gênero humano, num momento expressivo de sua afirmação como valor supremo em termos de existencialidade concreta.(...) Emergiram eles da reflexão sobre temas referentes ao desenvolvimento, à paz, ao meio ambiente, à comunicação e ao patrimônio comum da humanidade.³³

Por fim, BONAVIDES aponta no sentido de uma quarta geração dos direitos fundamentais expressa no “direito à democracia, o direito à informação e do direito ao pluralismo”,³⁴ todos como alicerce da sociedade aberta do futuro, decorrente da globalização política e universalização dos direitos.

O próprio BONAVIDES reconheceu que o termo “gerações” de direitos fundamentais pode levar a um equívoco no sentido de induzir ao entendimento da “mera sucessão cronológica (... e suposta caducidade) dos direitos das gerações antecedentes³⁵”. Daí

³¹ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 11 ed. São Paulo: Malheiro Editores, 2001, p. 517

³² Ibid. p.518.

³³ Ibid. p. 522.

³⁴ Ibid. p. 525.

³⁵ Ibid.. p. 525.

afirmar que o termo ‘dimensões dos direitos fundamentais’ substitui “com vantagem lógica e qualitativa” o termo ‘gerações de direitos fundamentais’.

INGO SARLET é também defensor desta classificação das dimensões, afirmando que

em que pese o dissídio na esfera terminológica, verifica-se a crescente convergência de opiniões no que concerne à idéia que norteia a concepção das três (ou quatro, se assim preferirmos) dimensões dos direitos fundamentais, no sentido de que estes, tendo tido sua trajetória existencial inaugurada com o reconhecimento formal nas primeiras Constituições escritas dos clássicos direitos de matriz liberal-burguesa, se encontram em constante processo de transformação, culminando com a recepção, nos catálogos constitucionais e na seara do Direito Internacional, de múltiplas e diferenciadas posições jurídicas...³⁶

O Supremo Tribunal Federal reconheceu a existência da classificação das três dimensões dos direitos fundamentais, quando assim se pronunciou o Ministro CELSO DE MELLO:

enquanto os direitos de primeira geração (direitos civis e políticos) – que compreendem as liberdades clássicas, negativas ou formais – realçam o princípio da liberdade e os direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais) – que se identificam com as liberdades positivas, reais ou concretas – acentuam o princípio da igualdade, os direitos de terceira geração, que materializam poderes de titularidade coletiva atribuídos genericamente a todas as formações sociais, consagram o princípio da solidariedade e constituem um momento importante no processo de desenvolvimento, expansão e reconhecimento dos direitos humanos, caracterizados enquanto valores fundamentais indisponíveis, pela nota de uma essencial inexaurabilidade.³⁷

As principais críticas à classificação por dimensões (ou gerações) dos direitos fundamentais residem na idéia de que, uma geração substitui a anterior, que há o distanciamento entre a relação histórica e a teoria, que existe a possibilidade de subtrair a importância dos direitos sociais (classificados como de segunda dimensão) e ainda que a unidade dos direitos fundamentais que estaria em risco.

GEORGE MARMELESTEIN LIMA em contundente artigo publicado no sítio “Jus Navigandi” da rede mundial de computadores (Internet) sintetiza algumas dessas posições contrárias à classificação tri (ou tetra) dimensional dos direitos fundamentais³⁸.

Para o juiz federal cearense, a teoria das gerações “contribui para a atribuição de baixa carga de normatividade e, conseqüentemente, de efetividade dos direitos sociais e econômicos, tidos como de segunda geração e, portanto, sem prioridade de implementação”³⁹.

Ainda segundo LIMA, a “evolução dos direitos fundamentais não segue a linha descrita (liberdade – igualdade – fraternidade) em todas as situações. Nem sempre vieram os direitos da primeira geração para, depois, serem reconhecidos os direitos de segunda geração”⁴⁰.

Há ainda mais duas críticas levantadas por LIMA: quanto a “falsa dicotomia”, ao se classificar os direitos de primeira dimensão como direitos de cunho negativo e aos direitos de segunda dimensão, como sendo direitos a prestações positivas do Estado. Afirma que se trata de grande erro essa imagem não onerosa dos direitos de liberdade e de que sempre haveria gastos nas prestações sociais. Ilustra com vários exemplos, entre os quais o direito de propriedade como dever do Estado de garantir a propriedade privada (segurança pública) e, portanto, nessa vertente, um direito à prestação. Já o direito à saúde pode implicar num limitador à ação estatal de publicar normas que possam ser nocivas à saúde. Finalmente, aborda o aspecto da indivisibilidade dos direitos fundamentais, argumentando que não há como desvincular tais direitos sob pena de alguns deles, principalmente os direitos sociais, ficarem enfraquecidos nesta divisão⁴¹.

³⁶ SARLET, op.cit., p. 49

³⁷ STF, MS 22164/SP

³⁸ LIMA, Marmelstein George. **Críticas à teoria das gerações (ou mesmo das dimensões) dos direitos fundamentais**. Jus Navigandi, Teresina, a. 8, n. 173, 26 dez, 2003. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutina/texto.asp?id=4666>> . Acesso em : 05 mar.2005.

³⁹ Ibid.

⁴⁰ Ibid.

⁴¹ Ibid.

Uma vez que no presente trabalho utilizar-se-á como ponto de partida a fundamentabilidade dos direitos sociais e estes vêm historicamente enquadrados como direitos de segunda dimensão, cumpre comentar as dimensões de direitos fundamentais, sua utilidade e as críticas a esta classificação.

Quanto à primeira crítica, no que concerne à possibilidade de se considerar como direitos “de segunda linha” os direitos sociais, posto que são classificados como direitos de segunda dimensão, com o devido respeito não parece haver tal risco.

Os direitos sociais devem ser entendidos como direitos fundamentais, e a partir desse reconhecimento, a constatação de que, embora não linearmente, surgiram num momento de evolução doutrinária do constitucionalismo, não lhes retira força normativa, ao contrário, realça a importância da agregação destes direitos ao conjunto de direitos de um Estado de Direito, agora Estado Social Democrático de Direito.

Da mesma forma, a problemática da falsa linearidade também não afeta a classificação, pois esta leva em conta um padrão ocidental central (Europa) quanto ao surgimento dos direitos fundamentais. Se a análise partir dessa premissa, tem-se que na realidade em alguns Estados sequer há direito, uma vez que seus conceitos seguem linhas distintas do senso imperativo no Ocidente Europeu (v.g. Estados Unidos da América e sua postura liberal, Estados islâmicos e domínio da teocracia). Por outro lado, embora a realidade dos Estados periféricos como os da América Latina seja distinta, nada impede de classificar em dimensões os direitos que são incorporados ou aceitos pelas suas Constituições. Não há invalidade em compreender por meio da idéia de dimensões, a existência e o histórico dos direitos fundamentais na ordem internacional.

O fato de que a dicotomia prestações *versus* liberdades, possa levar a um equívoco em relação à vocação dos direitos fundamentais nas suas diversas dimensões, pode ser

plenamente superada pela própria evolução da doutrina, notadamente pelo discurso apropriado ao se trabalhar com as classificações propostas.

Se assim não fosse, dever-se-ia, simplesmente descartar a teoria da separação dos poderes, e não adequá-la a realidade contemporânea, que considera as funções atípicas e a flexibilidade nas funções típicas.

O mesmo se pode dizer da indivisibilidade, pois a classificação dos direitos fundamentais em dimensões (que já é uma evolução da idéia inicial das gerações), ressalta o aspecto da complementaridade e não substituição de uma dimensão pela outra.

Desta maneira, ao admitir que as críticas a uma classificação contribuem para o seu aprimoramento e atualidade, não se faz necessário simplesmente contradizê-la de modo a abandonar sua utilização.

Dito de outra maneira, a classificação dos direitos fundamentais em suas três (ou quatro) dimensões contribui para uma melhor compreensão histórica de maneira didática dos inúmeros direitos dotados de fundamentabilidade, existentes e por existir, agregados ao conteúdo constitucionalmente aceito pelo Estado.

4 Direitos fundamentais na ordem constitucional e as teorias quanto a sua efetividade

Do mesmo modo que na Lei Fundamental de Boon (1949), na Constituição Portuguesa (1976) e na Constituição Espanhola (1978)⁴², a Constituição Brasileira de 1988 dotou os direitos fundamentais de um tratamento especial, inclusive conferindo-lhes eficácia vinculante e imediata (conforme art. 5, § 1º), e ainda cláusula de imutabilidade (art. 60, § 4º).

Note-se que a localização tópica dos Direitos Fundamentais na Constituição Federal Brasileira de 1988 é justamente no Título II (“Dos Direitos e Garantias Fundamentais”) que envolve o Capítulo I (“Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos”) onde se encontra o aludido art. 5º; no Capítulo II (“Dos Direitos Sociais”) que apresenta os artigos 6º a 11; no Capítulo III que trata da Nacionalidade, artigos 12 e 13, e nos Capítulos IV e V, respectivamente, dos Direitos Políticos e dos Partidos Políticos – artigos 14 a 17.

Todavia, mesmo com a expressa descrição constitucional brasileira, incluindo aí, o dispositivo do parágrafo segundo do art. 5º que permite o alargamento do rol de direitos fundamentais positivados em nosso ordenamento, a doutrina e principalmente a Jurisprudência dos nossos Tribunais não chegaram a um consenso sobre o significado e a estrutura desses direitos na referida ordem constitucional.

4.1 Classificação de José Afonso da Silva

O presente trabalho ao tratar dos direitos fundamentais prestacionais na Constituição Brasileira de 1988, quase sempre apresentados através das normas ditas programáticas, não pode deixar de trazer a já clássica obra do Professor JOSÉ AFONSO DA

SILVA⁴³, sobre a eficácia jurídica das normas constitucionais, por ele tratada de “aplicabilidade”.

Inicialmente cumpre lembrar a doutrina clássica norte americana que foi trazida ao Brasil por ninguém menos que Ruy Barbosa, baseado no trabalho de Thomas M. Cooley que divide as normas constitucionais do ponto de vista de sua aplicabilidade em *self executing provision* e *not self executing provisions*, traduzidas respectivamente como disposições auto-aplicáveis, ou auto-executáveis, ou aplicáveis por si mesmas, ou ainda bastantes em si, e disposições não auto-aplicáveis, ou não auto-executáveis, ou não-executáveis por si mesmas, ou, ainda, não bastantes em si.

As primeiras são auto-executáveis porque não dependem de legislação ordinária integrativa, regulando, elas mesmas de forma direta, as matérias, situações ou comportamentos. Já as não auto-executáveis, dependem de leis ordinárias para sua aplicação.

Segundo depreendeu Ruy Barbosa⁴⁴, as normas constitucionais auto-aplicáveis seriam as que dispusessem dos seguintes assuntos:

- I- vedações e proibições constitucionais;
- II- os princípios da declaração dos direitos fundamentais do homem;
- III- as isenções, imunidades e prerrogativas constitucionais.

JOSÉ AFONSO DA SILVA⁴⁵ inclui nesse catálogo as seguintes disposições, que não reclamam, para a sua aplicação:

⁴² Cf. MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade**. 2ª ed. São Paulo. Celso Bastos Editor: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1999, p. 35

⁴³ SILVA, José Afonso. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 3ª ed. São Paulo. Malheiros. 1998.

⁴⁴ Apud SILVA, 1998, op.cit., p. 74

⁴⁵ Ibid. p. 75

- I- a designação de autoridades, a que se cometa especificamente essa execução;
- II- a criação ou indicação de processos especiais de sua execução;
- III- o preenchimento de certos requisitos para sua execução;
- IV- a elaboração de outras normas legislativas que lhes revistam de meios de ação, porque já se apresentam armadas por si mesmas desses meios, ou seja, suficientemente explícitas sobre o assunto que tratam.

Todavia essa classificação, segundo o raciocínio de JOSÉ AFONSO DA SILVA, não presta-se a solucionar as exigências da ciência jurídica, nem tampouco à realidade constitucional.

O próprio RUY BARBOSA afirmou que não existem na Constituição normas de valor meramente moral de conselhos, avisos ou lições.

Assim sendo, JOSÉ AFONSO DA SILVA chega a conclusão de que toda norma constitucional é sempre executável por si mesma, até onde possa, até onde seja passível de execução.⁴⁶

Ele propõe, então, a trílice divisão das normas constitucionais quanto à eficácia e aplicabilidade.

Seriam as normas constitucionais distinguidas quanto a sua aplicabilidade em três grupos:

- I- normas constitucionais de eficácia plena;
- II- normas constitucionais de eficácia contida;
- III- normas constitucionais de eficácia limitada ou reduzida.

⁴⁶ SILVA, 1998, op. cit., p. 76

Segundo essa classificação, as “normas de eficácia plena” são as que produzem (ou podem produzir) seus efeitos desde a entrada em vigor da constituição; “as normas de eficácia contida”, igualmente produzem (ou podem produzir) todos os seus efeitos desde a entrada em vigor da constituição, mas é permitido ao legislador ordinário que limite alguns dos seus efeitos, sob certas circunstâncias. Por fim, as “normas de eficácia limitada”, são as que não produzem, com a simples entrada em vigor, todos os efeitos essenciais, porque o legislador constituinte não estabeleceu uma normatividade para tanto, deixando-a a cargo do legislador ordinário ou de outro órgão do Estado.⁴⁷

Essa última categoria é dividida ainda em “normas limitadas de legislação”, vez que remetem ao legislador a sua integração e as “normas programáticas”, que versam, segundo JOSÉ AFONSO DA SILVA, sobre matéria eminentemente ético-social, a qual o presente trabalho vai se deter adiante.

Se utilizada a teoria clássica de JOSÉ AFONSO DA SILVA, os direitos prestacionais, entre os quais o direito à saúde, seriam tratados como normas programáticas, ou seja, de eficácia diferida, com baixa densidade normativa, sendo essas últimas categorias, construções feitas por outros autores brasileiros, a partir da tríade Afonsina, como se verá a seguir.

4.2 A Classificação Proposta por CELSO RIBEIRO BASTOS e CARLOS AYRES BRITTO:

CELSO RIBEIRO BASTOS e CARLOS AYRES BRITO⁴⁸ propõem classificação que difere da proposta de JOSÉ AFONSO DA SILVA no que concerne ao critério para a distinção das normas, que não seria a dos seus efeitos, mas sim, a vontade do constituinte de

⁴⁷ SILVA, 1998, op.cit., p. 83

⁴⁸ BASTOS, Celso Ribeiro; BRITTO, Carlos Ayres. **Interpretação e aplicabilidade das normas constitucionais**. São Paulo: Saraiva, 1982. – Quanto a reformulação do posicionamento dos autores, importante CALLIARI, Virgínia Wargha. **A função das normas constitucionais programáticas**. Dissertação de mestrado, 2000. Curitiba. Universidade Federal do Paraná, 2000.

possibilitar ou mesmo exigir do legislador ordinário a complementação ou regulamentação do conteúdo das normas constitucionais.

Todavia, os autores concordam com JOSÉ AFONSO DA SILVA quanto ao fato de que todas as normas constitucionais são dotadas de eficácia, diferindo apenas quanto ao grau dessa eficácia.

Assim, propõem a seguinte divisão: a) normas constitucionais de mera aplicação: ao regularem a matéria a que se referem, fazem-no de modo completo, prescindindo de uma norma infraconstitucional integradora. Nesse caso, as normas constitucionais, por si só, possuem todos os elementos necessários para sua aplicação, incidindo diretamente sobre o real; b) normas constitucionais de integração: ao regularem a matéria a que se referem, fazem-no de modo incompleto, ensejando a interposição de uma norma infraconstitucional integradora para que se opere a subsunção dos fatos à hipótese de incidência. Nesse caso, há uma remodelagem dos fatos e comportamentos constitutivos da materialidade da norma constitucional. Norma constitucional e norma infraconstitucional formam aqui, uma unidade de sentido, como se ocorresse uma fusão de conteúdos.

As normas constitucionais de mera aplicação, numa proposta inicial dos autores, subdividir-se-iam em :

a1) Normas irregulamentáveis: normas que não admitem qualquer tipo de regulamentação infraconstitucional, sendo a matéria de que tratam exclusivamente regulada pela Constituição. Entre elas as normas constitucionais que traçam o perfil político dos órgãos supremos do Estado e das pessoas políticas territoriais e, ainda, algumas das normas referentes a direitos individuais.

a2) Normas regulamentáveis: normas que aceitam regulamentação infraconstitucional, embora apenas em seus aspectos externos para sua maior

funcionalidade. Aqui a legislação infraconstitucional não é essencial e apenas margeia o disposto na norma constitucional, não penetrando em seu núcleo. Embora sejam tais normas passíveis de regulamentação, não há integração constitucional. Exemplos de normas constitucionais regulamentáveis seriam as que tratam do mandado de segurança e do *habeas corpus*, entre outras.

Ressalte-se, ainda, que em ambos os casos, normas irregulamentáveis e normas regulamentáveis, as normas constitucionais podem incidir por si só, possuindo um núcleo de natureza inelástica, resistente a qualquer inovação porventura pretendida pelo legislador.

Posteriormente, os autores abandonaram a classificação das normas constitucionais de aplicação em normas regulamentáveis e irregulamentáveis para dividi-las em reforçáveis e irreforçáveis.

Normas irreforçáveis são as que não admitem qualquer legislação infraconstitucional. Já as normas reforçáveis admitem a atuação do legislador, algumas para reforço de conteúdo, outras para reforço de funcionalidade (estas últimas seriam as normas regulamentáveis da classificação inicialmente apontada).

O “reforço” explanado nessa classificação não se confunde com complemento. Não se trata de norma integradora, posto que a norma reforçada não contém na realidade lacunas.

Assim sendo, a classificação fica da seguinte forma:

a1) normas de aplicação irreforçáveis: não admitem qualquer atuação normativa que não a do constituinte;

a2) normas de aplicação reforçáveis: admitem atuação normativa infraconstitucional, embora não haja lacunas para serem colmatadas ou integradas, podendo ser:

a2.1) normas de conteúdo reforçável: aceitam a existência de legislação comum, que, porém, não é um desdobramento do sentido da norma constitucional. Há entre a norma constitucional e a legislação ordinária simples afinidade de matéria ou assunto, sem nenhuma relação entre elas ou referência entre ambas. Cada uma atua separadamente. Estão entre elas as normas constitucionais que concedem certos direitos que no âmbito infraconstitucional também são previstos em hipóteses não descritas na Constituição.

a2.2) normas de operatividade reforçável: seriam as normas constitucionais regulamentáveis da classificação anterior. Aqui o legislador adiciona ao comando constitucional elementos meramente externos, para melhor operatividade da norma elementos esses que não interferem de qualquer modo no cerne da norma constitucional.

As normas de integração, ou seja, aquelas em que se dá a ‘fusão’ com as normas infraconstitucionais, remodelando os fatos e comportamentos constitutivos da materialidade da norma constitucional, subdividem-se em:

b1) normas completáveis: a plena incidência da norma constitucional não prescinde da edição de lei que venha completar-lhe a eficácia, já que dispõe de modo lacunoso acerca da matéria que trata, faltando elementos para sua integral aplicação. A necessidade de legislação ordinária pode ser explicada ou não pela norma. Tais normas prevêm, geralmente, um programa de assistência social a ser desenvolvido pelo Estado.

b2) normas restringíveis: normas constitucionais plenamente eficazes, não dependentes da edição de legislação inferior, mas que prevêm expressamente a possibilidade de redução de seu campo de incidência pelo legislador infraconstitucional

(somente sendo possível restrição por expressa determinação constitucional). A situação é tipicamente a das normas constitucionais que instituem certos direitos individuais, sujeitos, contudo, a limitação legal (as ditas normas de eficácia contida, na classificação de José Afonso da Silva).

Da análise da classificação proposta por CELSO RIBEIRO BASTOS e CARLOS AYRES BRITTO, depreende-se que há interesse em abranger todas as situações dentro do ordenamento constitucional positivo, divergindo de JOSÉ AFONSO DA SILVA apenas no modo de abordagem do assunto, mas sem propor no entanto, soluções concretizadoras para as normas que consideram ‘completáveis’.

Dessa maneira, embora os discursos se pareçam, tanto o de JOSÉ AFONSO quanto o de CELSO RIBEIRO BASTOS E CARLOS AYRES BRITTO, ambos celebrando a normatividade de todos os dispositivos constitucionais, mas por outro lado reconhecendo sua incapacidade de produzir efeitos, sem a integração legislativa ou ainda do Poder Público, concorrem para disseminar uma resignação, próxima àquela encontrada na doutrina clássica, que acolhia as normas constitucionais executáveis e as não auto executáveis.

Essa resignação é demonstrada por exemplo, na obra citada, na seguinte locução:

É parcial ou incompleta a eficácia da Constituição, na seara das normas que designamos como ‘completáveis’. É que, nesta passagem, a estratégia constitucional é o oposto daquela que singulariza as normas restringíveis. Se, nestas, a vontade constitucional acena com uma perspectiva de fatura regratória e emite comandos sintonizados com tal aceno, no caso das regras completáveis a formulação jurídica efetivamente emitida fica aquém daquele propósito. Abre-se um descompasso entre o que a Constituição promete e aquilo por ela mesma cumprido. A formulação vinculante que nela se contém não é um ponto de chegada para a legislatura comum, além do qual não se pode constranger os indivíduos nem privilegiar o Poder Público, ou vice-versa. É apenas um ponto de partida para tal legislatura, que *pode*

fazer do comando constitucional um trampolim para novos saltos regradórios.⁴⁹

4.3 Sistematização Proposta de LUÍS ROBERTO BARROSO

Criticamente a essa posição, comparece LUIS ROBERTO BARROSO⁵⁰, propondo uma classificação que leva em conta os chamados direitos sociais, quando enfoca a efetividade das normas Constitucionais.

Para tanto, seguindo seu objetivo, o autor propõe a seguinte classificação:

- A) Normas Constitucionais de Organização: têm por objeto organizar o exercício do poder político;
- B) Normas Constitucionais Definidoras de Direito: têm por objeto fixar os direitos fundamentais dos indivíduos;
- C) Normas Constitucionais Programáticas: têm por objeto traçar os fins públicos a serem alcançados pelo Estado.

Analisando cada uma dessas categorias, a proposta de LUIS ROBERTO BARROSO é assim explicada:

A) Normas Constitucionais de Organização: são aquelas que versam sobre a instituição dos órgãos do poder, definindo-lhes a competência e a forma do seu exercício. Essas normas remontam aos primórdios dos documentos que discorriam sobre leis de natureza constitucional. Antes mesmo de se pensar em conferir direitos aos cidadãos, já se admitia a idéia de que a organização e regramento para o exercício do poder se faziam necessários.

Estas normas não estão voltadas a disciplinar comportamento, senão para instrumentalizar o próprio Estado para que possa disciplinar as referidas regras de conduta

⁴⁹ BASTOS; BRITTO, op.cit., p. 121.

⁵⁰ BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 91-118.

social. Uma vez determinada a estrutura, o funcionamento, exercício e a limitação do Poder do Estado é possível se pensar em garantir também o rol de direitos individuais e coletivos.

Não por acaso, tais regras de organização aparecem sistematicamente precedentes as regras definidoras de direito. Isso, claro, não implica em hierarquia de umas em relação às outras, inclusive podendo repercutir na esfera jurídica dos indivíduos.

B) Normas Constitucionais Definidoras de Direito: são aquelas que regulam os direitos fundamentais que devem estar encerrados numa Constituição emancipatória, quais sejam: os direitos políticos, os direitos individuais e os direitos sociais. Quanto aos direitos políticos que abrangem o direito a nacionalidade e a cidadania, e aos direitos individuais, que encontram-se efetivados em quase todos os diplomas constitucionais ocidentais modernos, LUIS ROBERTO BARROSO entende, que não padecem de maiores problemas.

Ao que tudo indica, apesar de todo o tratamento dado pelo autor à classificação dos direitos políticos e aos direitos individuais, não buscou, de forma coerente com a proposta de sua obra, estender-se a digressões sobre eficácia social dos direitos individuais, atendo-se a analisar sua existência e capacidade de produzir efeitos dentro dos ordenamentos a que pertencem, inclusive pautadas por garantias expressas ao seu cumprimento, como é o caso do art. 5º da Constituição Brasileira que relaciona direitos, mas não se olvida de suas garantias.

O cerne do problema da efetividade das normas constitucionais, para BARROSO, se concentra nos chamados direitos sociais. Esses direitos se enquadram em três grupos: (a) aqueles que geram situações prontamente desfrutáveis, dependentes de apenas a abstenção do Estado. Como exemplo, o autor cita o direito de greve (art. 9º da CF/88); (b) aqueles que ensejam participação ativa ou positiva do Estado, onde a ação Estatal é não apenas desejável como exigível, tal qual os arts. 6º e 201, relativos à previdência social e outros. Ressalta o autor fluminense que nesse caso, em certas situações, a efetividade desses direitos encontraria limites, como a reserva do possível – disponibilidade econômica. (c) aqueles que dependem

da integração de norma infraconstitucional, que, uma vez ausente a participação do Poder Legislativo, pode acarretar a configuração de uma Inconstitucionalidade por Omissão, caso que também pode ocorrer ante a inércia do administrador no grupo citado anteriormente.

C) Normas Programáticas : essas normas são as que apontam princípios e fins, programas de atuação do Estado e disposições indicadoras de fins sociais a serem alcançados. Por exemplo, a norma do art. 170, III que fala sobre a função social da propriedade ou a do art. 193 que aponta o trabalho como primado da ordem social e o bem estar e a justiça social como o seu objetivo.

Para BARROSO, os direitos prestacionais estariam enquadrados na sua proposta de classificação como sendo normas definidoras de direitos, subdividindo-as ainda em normas dependentes de prestações estatais, e ainda sujeitas à limitações como a reserva do possível.

Embora sua técnica possa ser considerada um avanço em relação à classificação de JOSÉ AFONSO DA SILVA, o professor BARROSO mantém quanto aos direitos prestacionais, a leitura restritiva da doutrina majoritária do Brasil.

4.4 - Eficácia das normas programáticas

Em contraposição à doutrina clássica, os italianos, após a promulgação da Constituição italiana de 1948 através principalmente de VEZIO CRISAFULLI, preocuparam-se, em estudar a atuação concreta da Constituição Italiana, principalmente no que tange aos direitos fundamentais.

Para CRISAFULLI, uma constituição, como qualquer outra lei, é acima de tudo e sempre um ato normativo, motivo pelo qual suas disposições devem ser integradas de regras, como disposições normativas. Vale dizer que a constituição é ato normativo, não diversamente da lei ordinária, mas dotado de maior valor. Em consequência, as contradições

internas do ordenamento devem ser eliminadas dando-se prioridade às normas postas na Constituição, enquanto fonte superior as qualquer outra lei posterior.⁵¹

Portanto, o que sustenta CRISAFULLI é a normatividade dos princípios, notadamente dos princípios-fins que manifestam uma função programática. Essa normatividade dos princípios-fins difere da normatividade comum, pois implica numa normatividade integrativa e interpretativa das demais normas:

O reconhecimento da eficácia normativa das disposições constitucionais exclusivamente programáticas, as quais enunciam verdadeiras normas jurídicas, que são por isso preceptivas, tanto quanto as demais, se bem que dirigidas tão-somente, de maneira originária e direta, aos órgãos estatais e antes de tudo, com certeza, pelo menos aos órgãos legislativos. 2. reconhecimento no vigente ordenamento, da natureza propriamente obrigatória do vínculo que deriva das normas constitucionais programáticas para os órgãos legislativos, como consequência da eficácia formal prevalente de sua fonte (a Constituição) com respeito às outras leis ordinárias; 3. O reconhecimento, por isto, da invalidade das leis subseqüentes, que estejam em contraste com as normas constitucionais programáticas e, segundo a corrente doutrinária que parece preferível, também das disposições de leis preexistentes, se contrastarem e enquanto contrastarem com tais normas.”⁵²

Essas normas princípios, a par de influenciarem/vincularem principalmente o legislador, devem incidir sobre todos os órgãos incumbidos de fazer atuar, normativamente, os programas descritos nas normas programáticas.⁵³

Por sua vez NORBERTO BOBBIO⁵⁴ afirma acerca das normas programáticas que :

O campo dos direitos do homem – ou, mais precisamente, das normas que atribuem direitos ao homem – aparece, certamente, como aquele onde é maior a defasagem entre a posição da norma e sua efetiva aplicação. E essa defasagem é ainda mais intensa precisamente no campo dos direitos sociais. Tanto é assim que, na Constituição italiana, as normas que se referem a direitos sociais foram chamadas pudicamente de “programáticas. (...)Será que já nos perguntamos

⁵¹ PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. **Eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais programáticas**. São Paulo: Max Limonad, 1999, p. 151.

⁵² BONAVIDES. op.cit., p. 220

⁵³ Ibid., p.153.

⁵⁴ BOBBIO, op.cit., p. 77-78

alguma vez que gênero de normas são essas que não ordenam, proíbem ou permitem *hit et nunc*, mas ordenam, proíbem e permitem num futuro indefinido e sem um prazo de carência claramente delimitado? E, sobretudo, já nos perguntamos alguma vez que gênero de direitos são esses que tais normas definem? Um direito cujo reconhecimento e cuja efetiva proteção são adiados *sine die*, além de confinados à vontade de sujeitos cuja obrigação de executar o “programa” é apenas uma obrigação moral ou, no máximo, política, pode ainda ser chamado de direito?

Citado por FLÁVIA PIOVESAN⁵⁵, a posição de EROS GRAU a respeito das normas ditas programáticas é a de que há um caráter reacionário nessas normas, pois “nelas se erige não apenas um obstáculo à funcionalidade do direito, mas sobretudo ao poder de reivindicação das forças sociais. O que teria a sociedade civil a reivindicar já está contemplado na Constituição. Não se dando conta, no entanto da inocuidade da contemplação desses “direitos sem garantias” a sociedade civil acomoda-se, alentada e entorpecida pela perspectiva de que esses mesmos direitos um dia venham a ser realizados.”

Noutra passagem, afirma FLÁVIA PIOVESAN⁵⁶, que EROS GRAU reconhece ser a constituição toda ela norma jurídica e como tal com aplicação direta, vinculando o Judiciário, Executivo e Legislativo. Nessas condições, as normas programáticas, sobretudo as atributivas de direitos sociais e econômicos, devem ser entendidas como diretamente aplicáveis e vinculantes do Legislativo, do Executivo e do Judiciário.

JORGE MIRANDA salienta que as normas programáticas são de aplicação diferida e não imediata, textualmente :

(...) são de aplicação diferida, e não de aplicação ou execução imediata; mais do que comando regras, explicitam comandos valores; conferem elasticidade ao ordenamento constitucional; têm como destinatário primacial – embora não único – o legislador, a cuja opção fica a ponderação do tempo e dos meios em que vêm a ser revestidos de plena eficácia (nisso consiste a discricionariedade); não consentem que os cidadãos ou quaisquer cidadãos as invoquem já (ou imediatamente após a entrada em vigor da Constituição), pedindo aos

⁵⁵PIOVESAN Flávia. **Proteção judicial contra omissões legislativas: Ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção**. São Paulo. ed. Revista dos Tribunais, 1995, p. 63

⁵⁶ Ibid., p. 63

tribunais o seu cumprimento só por si, pelo que pode haver quem afirme que os direitos que delas constam, máxime os direitos sociais, têm mais expectativas que de verdadeiros direitos subjectivos; aparecem, muitas vezes, acompanhadas de conceitos indeterminados, ou parcialmente indeterminados⁵⁷;

Também CANOTILHO⁵⁸ resolveu tratar do tema das normas programáticas as quais estão longe de configurar “simples programas, proclamações, exortações morais, declamações, sentenças políticas, aforismos políticos, promessas, determinações programáticas, programas futuros, juridicamente desprovidos de qualquer vinculatividade.”⁵⁹

A inclusão dessas normas na Constituição, segundo CANOTILHO, acentua que a vontade de Constituição dos órgãos encarregados de realização dos programas constitucionais é um elemento condicionante da força normativa da Constituição.⁶⁰

CANOTILHO defende ainda que há uma vinculação do legislador com os preceitos estabelecidos pela Constituição:

O legislador está normativo-constitucionalmente obrigado a <<cumprir>> ou a <<realizar>> os preceitos constitucionais que careçam de concretização legislativa, sendo importante debater-se o meio de evitar que ele proteja essas tarefas para as <<calendas gregas>>; ao mesmo tempo, porém, deve perguntar-se como é que ele cumpre a missão constitucional. Precisamente por isso, a questão das imposições constitucionais não é apenas um problema de execução oportuna ou inoportuna de <<ordens legiferantes>>, mas também um problema de cumprimento global de da constituição.⁶¹

Já em relação aos programas, essa vinculação do legislador não é, segundo CANOTILHO “um problema de autovinculação mas de heterovinculação: a legislação não conforma a constituição, é conformada por ela”⁶².

⁵⁷ MIRANDA, Jorge. op.cit. p.

⁵⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**. Coimbra. Coimbra, 1994, p. 297

⁵⁹ Ibid., p.298-299

⁶⁰ Cfme. PIMENTA, op.cit., p. 155.

⁶¹ CANOTILHO op.cit., p. 256

⁶² Ibid., p. 63

Contudo, essa vinculação não se opera nos mesmos moldes em que ocorre a do administrador à lei. Vale dizer. “a liberdade de conformação do legislador, não é o correlato, a nível legislativo, do poder discricionário, a nível administrativo”.⁶³

Disso depreende-se que a visão de CANOTILHO é a de que o legislador está vinculado juridicamente à Constituição e, por conseguinte, aos seus programas, restando a ele obedecer aos fins expressos na Constituição sem padecer do vício da discricionariedade.

Desta forma, no entender de CANOTILHO, as normas jurídicas produzem efeitos jurídicos de carácter impositivo. Vale a transcrição:

Precisamente por isso, e marcando uma decidida ruptura em relação à doutrina clássica, pode e deve falar-se da ‘morte’ das normas constitucionais programáticas. Existem, é certo, normas fins, normas-tarefas, normas-programa que ‘impõem uma actividade’ e ‘dirigem’ materialmente a concretização constitucional. O sentido destas normas, não é porém, o assinalado pela doutrina constitucional: simples programas, proclamações, exortações morais, declamações, sentenças políticas, aforismos políticos, promessas, determinações programáticas, programas futuros, juridicamente desprovidos de qualquer vinculatividade. Às ‘normas programáticas’ é reconhecido hoje um valor jurídico constitucionalmente idêntico ao dos restantes preceitos da constituição. Não deve, pois, falar-se de simples eficácia programática (ou directiva), porque qualquer norma constitucional deve considerar-se obrigatória perante quaisquer órgãos do poder público (Crisafulli). Mais do que isso, a eventual mediação concretizadora, pela instância legiferante, das normas programáticas, não significa que este tipo de norma careça de positividade jurídica autónoma, isto é, que a sua normatividade seja apenas gerada pela interpositio do legislador; é a positividade das normas-fins e normas-tarefas (normas programáticas) que justifica a necessidade da intervenção dos órgãos legiferantes. Concretizando melhor, a positividade jurídico-constitucional das normas programáticas significa fundamentalmente:

- (1) – Vinculação do legislador, de forma permanente, à sua realização (imposição constitucional).
- (2) – Vinculação positiva de todos os órgãos concretizadores, devendo estes tomá-las em consideração como directivas materiais permanentes, em qualquer dos momentos da actividade concretizadora (legislação, execução, jurisdição);
- (3) – Vinculação, na qualidade de limites materiais negativos, dos poderes públicos, justificando a eventual censura, sob a forma de inconstitucionalidade, em relação aos actos que a contrariam.

⁶³ CANOTILHO., op. cit., p. 174

Em virtude da eficácia vinculativa reconhecida às ‘normas programáticas’, deve considerar-se ultrapassada a oposição estabelecida por alguma doutrina entre ‘norma jurídica actual’ e ‘norma programática’ (aktuelle RechtsnormProgrammsatz): todas as normas são actuais, isto é, têm força normativa independente do acto de transformação legislativa.”⁶⁴

No direito brasileiro, JOSÉ AFONSO DA SILVA conclui que as normas de princípio programático:

- I- São normas que têm por objeto a disciplina dos interesses econômicos-sociais, tais como: realização da justiça social e existência digna; valorização do trabalho; desenvolvimento econômico; repressão ao abuso do poder econômico; assistência social, intervenção do Estado na ordem econômica, amparo à família; combate à ignorância; estímulo a cultura, à ciência e à tecnologia.
- II- São normas que não tiveram força suficiente para se desenvolver integralmente, sendo acolhidas em princípio, como programa a ser realizado pelo Estado, por meio de leis ordinárias ou de outras providências.
- III- São normas de eficácia reduzida, não sendo operantes relativamente aos interesses que lhes constituem objeto específico e essencial, mas produzem importantes efeitos jurídicos.”⁶⁵

4.5 - Os parágrafos 1º e 2º do artigo 5º da Constituição Federal

Outra discussão importante em se tratando da eficácia jurídica das normas constitucionais diz respeito especificamente à constituição brasileira de 1988. A aplicabilidade imediata conferida pelo art. 5º parágrafo, primeiro, teria uma determinação tópico-geográfica, atingindo somente os direitos fundamentais plasmados naquele artigo?

E quanto a atual discussão dos estudiosos de Direito Internacional sobre a constitucionalização das normas decorrentes de tratados internacionais que versem sobre direitos fundamentais?

A seguir uma breve apreciação de cada um desses temas.

⁶⁴CANOTILHO, op.cit., pp. 183-185

⁶⁵SILVA, op.cit., p.

4.5.1 O parágrafo primeiro do artigo quinto da Constituição

Segundo se lê no parágrafo 1º do art. 5º da Constituição Federal de 1988, “**As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.**”

Este dispositivo está em consonância com outros no mesmo sentido, promulgado por constituições onde vigora o Estado Democrático de Direito, como a de Portugal, que nas palavras de VIEIRA DE ANDRADE está a autorizar a aplicação direta e imediata, sem necessidade de intermediação do legislador ordinário e do preceito de direito fundamental,

Assim, nos termos do nº 1 do art. 18º, os preceitos relativos aos direitos, liberdades e garantias são imediatamente aplicáveis, o que pressupõe que o seu conteúdo é ou deve ser concretizado ao nível da Constituição, em última análise por intermédio de uma interpretação criadora; não necessitam da mediação legislativa e não dependem, nem podem depender, por isso, das opiniões ou opções das leis ordinárias⁶⁶.

A propósito, assim dispõe o referido art. 18, item 1: “Os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são diretamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas.”⁶⁷

Se houver concordância com VIEIRA DE ANDRADE, conforme o extrato acima reproduzido, a interpretação do parágrafo 1º do artigo 5º será feita simplesmente de forma literal, aplicando-se tal dispositivo direta e imediatamente, sem qualquer limitação.

Este é o posicionamento de JOÃO PEDRO GEBRAN NETO, citado e acompanhado nesta particularidade, por SÉRGIO MORO⁶⁸, que afirma em síntese que, se deve fazer a interpretação direta e imediata do referido preceito. Para contornar os limites da reserva do possível, notadamente nas normas que têm por objeto prestações estatais de

⁶⁶ ANDRADE, op.cit., p. 140

⁶⁷ Ibid., p. 141

conteúdo material, GEBRAN argumenta que a referida regra, pela sua localização, aplicar-se-ia tão somente aos direitos fundamentais arrolados no art. 5º da Constituição, na sua maioria, direitos de liberdade, defesa e participação.⁶⁹

MORO festeja essa posição entendendo ser a que melhor cumpre o princípio da efetividade.

INGO SARLET tem posição, que embora emancipatória, é um tanto mais comedida do que a do próprio MORO e de GEBRAN. Entende SARLET, que o parágrafo primeiro do artigo 5º da Constituição não se aplica a toda a Constituição, sob pena de equiparar direitos fundamentais e demais normas constitucionais.⁷⁰

Por outro lado SARLET sustenta que a referida norma impõe ao Estado a maximização da eficácia dos direitos fundamentais. O autor gaúcho explica que não há como se alinhar aos defensores da capitulação daquela norma, pois estar-se-ia reconhecendo que o preceito é inexistente ou no mínimo ineficaz.⁷¹

Mas entende SARLET que, aceitar o outro extremo, qual seja, da aplicação direta, implica em inobservância de limites importantes, como a reserva do possível, a da falta de legitimação dos tribunais para aplicação de medidas sócio-econômicas e a colisão de direitos fundamentais.⁷²

Conclui SARLET :

Levando-se em conta esta distinção, somos levados a crer que melhor exegese da norma contida no art. 5º, § 1º, de nossa Constituição é a que parte da premissa de que se trata de norma de cunho inequivocamente principiológico, considerando-a, portanto, uma espécie de mandado de otimização (ou maximização), isto é, estabelecendo aos órgãos estatais a tarefa de reconhecerem a maior eficácia possível aos direitos fundamentais⁷³

⁶⁸ MORO, Sérgio Fernando. **Desenvolvimento e efetivação judicial das normas constitucionais**. São Paulo: Max Limonad, 2001. p. 71-73

⁶⁹ MORO op.cit., p. 71

⁷⁰ SARLET op.cit., p. 243

⁷¹ Ibid. 244

⁷² Ibid. p. 245

⁷³ SARLET. op. cit. p. 245

Resta como problema, o significado e o alcance da norma disposta no parágrafo primeiro do artigo 5º da Constituição Federal de 1988.

Refute-se a afirmação de que se trata de norma direcionada apenas ao disposto no art. 5º da Constituição – uma limitação tópica. Basta utilizar o método literal de interpretação para afastar tal entendimento, pois a norma se refere a ‘direitos e garantias fundamentais’.

A interpretação sistemática e teleológica trará os mesmos resultados, uma vez que ao utilizar a expressão ‘direitos e garantias fundamentais’, o constituinte buscou atingir a totalidade das normas do Título II, o que inclui também os direitos políticos, de nacionalidade e os sociais e não apenas os direitos e garantias individuais e coletivos.⁷⁴

Em relação a este tema, o posicionamento no presente trabalho é de considerar correta a posição de SÉRGIO MORO e JOÃO PEDRO GEBRAN, acompanhados por EROS GRAU.

Os limites existentes impõem a ponderação do intérprete, que pode e deve se municiar de todo o instrumental hermenêutico concretizador, mas de forma racional. Isso implica em dizer que a posição de SARLET é perfeitamente defensável, mas como asseverou MORO⁷⁵, corre-se o risco de aceitar passivamente as decisões que negam efetividade aos princípios fundamentais.

Mas como o instrumental teórico existe e está a disposição do intérprete, não pode apenas virar as costas para a possibilidade emancipatória, que lhe foi alçada pelo constituinte, que é de dar efetividade imediata aos direitos fundamentais.

A título de comparação, o artigo 53; 1 da constituição espanhola de 1978 estabelece que: “os direitos e liberdades reconhecidos no Capítulo II do presente Título, vinculam a todos os poderes públicos”. E a Lei Fundamental de Boon, de 1949, por seu

⁷⁴ Cf. MALISKA, Marcos Augusto. **O direito a educação na constituição de 1988**. Dissertação apresentada para obtenção do grau de mestre, UFPR, 2000, p. 78 e ss op.cit., p. 96-97

⁷⁵ MORO op.cit., p. 71

turno, estabelece no artigo 1, 3 que “os seguintes direitos fundamentais vinculam aos poderes legislativo, executivo e judiciário, a título de direito imediatamente válido.”⁷⁶

Segundo GARCIA DE ENTERRÍA⁷⁷, tanto o art. 53, 1 da Constituição Espanhola, quanto a sua inspiração, o artigo 1, 3 da Constituição Alemã, estabelecem um diferencial para as normas de direito fundamental, qual seja, a sua aplicabilidade imediata, dispensando a necessidade da integração legislativa, para receber a eficácia jurídica que foi prescrita pela Constituição.

4.5.2 Parágrafo segundo do artigo quinto

Assim dispõe o §2º do art. 5º da Constituição Brasileira de 1988:

Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

Como foi bem lembrado por SÉRGIO MORO⁷⁸, a última parte do dispositivo citado é que tem fomentado os debates a respeito desse parágrafo segundo do art. 5º da Constituição.

O grande mérito deste dispositivo é que há um expresse reconhecimento do caráter aberto, reservado aos direitos fundamentais, na Constituição de 1988. Ou seja, os direitos fundamentais são descritos em caráter exemplificativo, podendo a estes direitos se somarem tantos quantos sejam reconhecidos, bastando confrontar os princípios abraçados pela própria Constituição.

⁷⁶ Cf. ENTERRIA, Eduardo Garcia de. **La constitucion com norma y el tribunal constitucional**. Madrid. Civitas, 1985, p. 72

⁷⁷ Ibid. p. 73

⁷⁸ MORO, op.cit., p. 72

Se em relação ao § 1º do artigo 5º, a posição foi pelo entendimento do artigo como norma de aplicação imediata, não há como ceder a outra percepção, quanto a este dispositivo também.

Se é reconhecida a normatividade suprema da Constituição, todos os direitos fundamentais, inclusive os não expressos hão de ser aceitos com a força normativa própria e aplicados de acordo com a sua densidade.

O problema surge daqueles direitos ou garantias fundamentais decorrentes dos tratados internacionais dos quais o Brasil seja signatário (2ª parte do parágrafo segundo do art. 5º), mormente, se vierem a incrementar ou otimizar os direitos já reconhecidos em nossa ordem constitucional .

Boa parte da doutrina, encabeçada entre outros pelo Professor CANÇADO TRINDADE e por FLÁVIA PIOVESAN, sustentam que essas normas, em se tratando de direitos humanos, valeriam como normas constitucionais e ainda seriam tratadas como cláusulas pétreas, criando assim uma nova classe de direitos fundamentais decorrentes dos tratados internacionais.

Todavia, não foi esse o entendimento do Supremo Tribunal Federal, que relegou inclusive ao Superior Tribunal de Justiça, as afrontas a esses tratados, o que implica na conferência do *status* de lei ordinária.

Emblemática ainda é a posição do Supremo Tribunal Federal, expressa na ADIn 1.480-DF⁷⁹:

PARIDADE NORMATIVA ENTRE ATOS INTERNACIONAIS E NORMAS INFRACONSTITUCIONAIS DE DIREITO INTERNO.

Os tratados ou convenções internacionais, uma vez regularmente incorporados ao direito interno, situam-se no sistema jurídico brasileiro, nos mesmos planos de validade, de eficácia e de autoridade em que se posicionam as leis ordinárias, havendo, em consequência,

⁷⁹ ADIN 1480 rel. Min. Celso de Mello (inf. STF n.135, de 7 a 11/12/98, in BRANCO Paulo Gustavo Gonet , **Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais**, Brasília: Brasília Jurídica, DF: 2000, p. 164.

entre estas e os atos de direito internacional público, mera relação de paridade normativa. No sistema jurídico brasileiro, os atos internacionais não dispõem de primazia hierárquica sobre as normas de direito interno. A eventual precedência dos tratados ou convenções internacionais sobre as regras infraconstitucionais de direito interno somente se justificará quando a situação de antinomia com o ordenamento doméstico, impuser, para solução do conflito, a aplicação alternativa do critério cronológico (*lex posterior derogat priori*), ou, quando cabível o critério da especialidade).

Também diversos julgados, entre eles a já famosa discussão acerca da possibilidade de prisão do depositário infiel decorrente do contrato de alienação fiduciária, em razão do Brasil ser signatário do Pacto de San José da Costa Rica, tem recebido por parte do Supremo Tribunal Federal o mesmo posicionamento, ou seja, pela prevalência da norma constitucional brasileira e a conseqüente não recepção do direito pactuado.⁸⁰

Assim, permanece, mesmo que rechaçado por ora, o reconhecimento dos tratados internacionais como normas recepcionadas com efeito constitucional, ou mesmo com valor superior às normas infraconstitucionais.

Talvez, se a posição minoritária um dia reverter o quadro e se firmar, esse venha a ser um dos raros efeitos positivos da chamada ‘globalização’.

Desta forma, faz-se absolutamente necessária uma compreensão das diversas teorias que tratam dos direitos fundamentais e para tanto aqui se inicia justamente pela festejada teoria dos direitos subjetivos públicos (*status*) de GEORGE JELLINEK, citada em quase todas as obras que tratam do tema⁸¹.

⁸⁰ HC 72.131 (23.11.95); RE 206.086 (DJ 07.2.97), hc 75.925-1/SP (DJ 12.12.97) e HC 77.387-7/SP (DJ 23.10.98) – Conforme o relator Ministro Moreira Alves: “ Esta Corte por seu Plenário (HC 72.131), firmou o entendimento que, em face da Carta Magna de 1988, persiste a constitucionalidade da prisão civil do depositário infiel em se tratando de alienação fiduciária, bem como de que por-se à permissão do artigo 5º, LXVII, da mesma Constituição, não derogou , por ser norma infraconstitucional geral as normas infraconstitucionais especiais sobre prisão civil do depositário infiel” .

⁸¹ Segundo JELLINEK, Georg. **Teoria general del Estado**. Trad. Por Fernando de los Rios. 2 ed. Buenos Aires: Editorial Albatroz, 1974, págs. 313 e ss.

5 A Teoria dos quatro *status* de Jellinek

No final do século XIX, JELLINEK desenvolveu a doutrina dos quatro *status* em que o indivíduo pode se encontrar diante do Estado: dever de participação, direitos de defesa, direitos a prestações e direitos de participação, correspondendo, respectivamente ao *status* passivo, negativo, positivo e ativo.

O *status* negativo (*status libertatis*), corresponde à esfera de liberdade na qual os interesses essencialmente individuais encontram sua satisfação. É pois, uma esfera de liberdade individual, cujas ações são livres, porque não estão ordenadas ou proibidas, vale dizer: tanto a sua omissão como a sua realização estão permitidas

O *status* passivo (*status subjectionis*) coloca o indivíduo em situação oposta à da liberdade. O *status* passivo constitui o campo no qual o indivíduo se encontra em posição de sujeição ao Estado, é a esfera das obrigações. Quanto maior o *status* passivo, menor o *status* negativo.

O *status* positivo (*status civitatis*), a seu turno, dota o indivíduo de capacidades jurídicas para exigir do Estado prestações positivas, ou seja, reclamar para si algo a que o Estado está obrigado. E mais, prevê a possibilidade do indivíduo cobrar do Estado uma conduta de conteúdo negativo, por exemplo, exigindo que o Estado se abstenha de invadir seu *status* negativo.

Por fim o *status* ativo (*status activae civitatis*) é aquele no qual o cidadão recebe competências para participar do Estado, com o fim especial de formar a vontade estatal. Cita como exemplo o direito ao sufrágio.⁸²

⁸² Sobre a Teoria de Jellinek ver entre outros, BARROS, Suzana de Toledo. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**, Brasília-DF: Brasília Jurídica, 1996. p. 131; MIRANDA, Jorge, op.cit., p. 88; ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales (Theorie Der Grundrechte)** Trad. Esp. Ernesto Garzon Valdés., Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 2002, p. 248 e ss.

A atualidade da Teoria dos *Status* de Jellinek, ressaltada entre outros por ROBERT ALEXY, “*sigue teniendo vigencia como base para la clasificación de los derechos fundamentales*”⁸³, ou ainda por JORGE MIRANDA⁸⁴, “justifica-se, pelo seu imenso interesse, considerar a classificação que ele apresenta, globalizando os direitos por referência a posições jurídicas diferenciadas perante o Estado”, não a imuniza no entanto contra as críticas. E como se verá adiante, ALEXY busca superar o que ele chama de “teoria fraca” dos direitos fundamentais, a ela contrapondo uma “teoria forte”, que se desvelará a seguir.

Por outro turno, assim como a posição desta pesquisa em relação à classificação das dimensões dos direitos fundamentais, entende-se que não há como se retirar os méritos desta classificação por *status* feita há mais de cem anos por JELLINEK pois ela facilita a compreensão dos direitos fundamentais de todas as dimensões, sem no entanto vincula-los de forma estanque a um ou outro *status*.

Por exemplo, o direito de locomoção, tanto pode ser inserido no *status libertatis*, ou seja, de cunho negativo, como enseja ao Estado proteção, e aí se enquadra no *status civitatis* positivo. Se prosseguir nessa linha, o mesmo direito pode até ganhar contornos de *status civitatis activae* ou seja ativo, numa passeata de protesto por exemplo.

Temas como a desobediência civil⁸⁵, que desafia o *status subjectiones* ou passivo, mas que pode ser recebido também no *status* ativo. E assim sucessivamente.

Desta maneira, a atualidade do trabalho de JELLINEK permite emprestar aos direitos fundamentais de maneira expressiva, os contornos do constitucionalismo contemporâneo, ou seja, do Estado Social Democrático de Direito.

⁸³ALEXY, op.cit., p. 247

⁸⁴MIRANDA, op.cit., p. 88.

⁸⁵ Sobre a desobediência civil ver o importante trabalho de DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

6 As posições jurídicas fundamentais de ALEXY:

Embora considere a teoria dos *status* de JELLINEK como extremamente importante, ROBERT ALEXY⁸⁶ entende que esta não é suficiente.

Os *status* são abstrações de posições elementares, e nem sempre são claras as relações entre as posições elementares e os *status*, nem as que se dão entre as diferentes posições elementares.

A superação desta fraqueza, da teoria de JELLINEK, exige que a mesma esteja fundamentada sobre uma teoria das posições jurídicas fundamentais, que se constitui pela seguinte divisão: direitos a algo, liberdades e competências.⁸⁷

a) Direitos a algo: *a* tem frente a *b* um direito *G*⁸⁸. Trata-se, segundo ALEXY, de uma relação triádica, cujo primeiro membro é portador ou titular do direito (*a*), o segundo membro é o destinatário do direito (*b*) e o terceiro (*G*) é o objeto do direito.

Desta forma (*a*) tem direito tanto a ações negativas por parte do Estado (*b*), quanto a ações positivas desse mesmo Estado. A distinção do objeto é que vai efetivamente diferenciar o direito a ser tutelado.

Importante salientar, que no caso **dos direitos a algo**, sempre haverá atuação do Estado positiva ou negativamente, não se confundindo como se verá adiante, com as alternativas de ação ou liberdades negativas que ALEXY caracteriza como liberdades jurídicas.

⁸⁶ ALEXY, op. cit., p. 261 e ss.

⁸⁷ Ibid. p. 186 ss.

⁸⁸ ALEXY explica em nota que a expressão “*a* tem frente a *b* um direito a *G*” pode induzir a equívoco, pois “direitos” envolvem tanto os direitos a algo como as liberdades e as competências; já os ***direitos a algo*** guardam em relação a expressão **pretensões**, um caráter relacional. Da mesma forma que uma pretensão um direito a algo se dirige contra outrem, e em ambos os casos, o objeto é uma ação ou omissão. op.cit.,p. 186.

Assim o que vai determinar a diferenciação entre os direitos será exatamente o seu objeto: (a) tem frente ao Estado (b) o direito que este não lhe mate: (a) tem frente ao Estado (b) o direito a que este proteja sua vida frente a intervenção arbitrária de terceiros.

No primeiro caso, o objeto é uma ação negativa ou seja, uma omissão;

Já na segunda hipótese, existirá uma ação positiva, um fazer do destinatário. Enquanto as ações negativas, omissões ou abstenções, constituem-se em direitos de defesa, os direitos de ação positiva coincidem parcialmente com aquilo que se entende por “prestações”.

O direito a ações positivas por sua vez divide-se em direito a ações positivas fáticas e direito a ações positivas normativas.

Sobre os direitos a prestações tratar-se-á ao final deste capítulo de forma especial.

b) Liberdades: ALEXY entende que só haverá uma liberdade fundamental, quando esta estiver protegida por norma explícita da Constituição. É o conceito de liberdade protegida, demonstrando a importância de existir uma norma positiva que assegure a posição livre do indivíduo, isto é uma norma que lhe garanta exercer ou não as faculdades inerentes a um comportamento. É o que ALEXY caracteriza como alternativa de ação.⁸⁹

Existe alternativa de ação quando a pessoa é livre em sentido negativo, isto é, não lhe está vedado agir ou não agir. Não há previsão legal que obrigue alguém a agir ou deixar de agir, mas sim uma garantia para que o indivíduo possa agir se assim desejar, ou ainda deixe de agir, se essa for a sua vontade. É essa a medida que corresponde, segundo ALEXY, ao conceito jurídico de liberdade.

Esse conceito de liberdade negativa, explica ALEXY, vem a ser mais amplo do que o conceito de liberdade positiva, pois este último prevê tão somente a possibilidade ou garantia para que o indivíduo faça algo. Ao contrário, a liberdade negativa engloba o conceito

⁸⁹ ALEXY. op. cit., p. 210 et. seq.

de liberdade positiva pois garante também o direito de o indivíduo não agir, caso essa seja a sua vontade.

Para ilustrar sua posição ALEXY se vale do exemplo da alternativa de ação 'viajar'. Dentre as limitações à liberdade de viajar de um indivíduo estariam:

- 1- A proibição jurídica de o indivíduo 'A' viajar;
- 2- A viagem não se realizar porque 'A' não possui condições financeiras.

No primeiro caso a não-liberdade é jurídica. No segundo caso econômica. Para ALEXY, apenas a liberdade jurídica se engloba no conceito de liberdade aqui defendido pelo autor alemão. Isto porque a liberdade econômica para ser exercida, exigiria uma posição de atitude por parte do Estado, ou seja, geraria, um direito a prestação, ou como quer ALEXY, ‘um direito a algo’ para transformar a não liberdade em liberdade.

De tudo o que expôs, o professor alemão conclui que para o exercício da liberdade, basta o reconhecimento de um direito de defesa.

c) Competências: Aqui não está em questão a permissão de certa conduta, nem a exigência de um comportamento de outrem, mas a capacidade de o indivíduo, por meio de uma ação, vir a modificar a posição jurídica de algo ou de alguém em relação ao seu estado natural. É, na verdade, um terceiro grupo exposto por ALEXY que é constituído por posições expressas como "poder jurídico", "competência", "autorização", "faculdade" e "capacidade jurídica".⁹⁰

Competência difere de permissão, no sentido de que esta não modifica necessariamente uma relação jurídica, ou como prefere ALEXY, “(...) *la permisión no agrega nada a la capacidad de acción que existe independientemente de ella.*”⁹¹

⁹⁰ ALEXY, op. cit., p. 227

⁹¹ Ibid., p. 229-230

Já a competência impõe limites à liberdade natural, pois altera com seu atuar as relações jurídicas sob seu domínio. Além do critério da modificação jurídica, alerta ALEXY, é preciso que as ações que constituem exercício de competência sejam ações institucionais, “(...) *aquellas que pueden ser realizadas no sólo sobre la base de capacidades naturales sino que presuponen reglas, para ellas constitutivas*”⁹².

Isso significa que não basta o exercício da competência natural própria de quem é titular do direito, mas que essa competência seja disciplinada positivamente pelo direito.

O exercício de uma competência, conferido por uma norma de competência, possibilita a um indivíduo atuar modificando a situação jurídica de outro, sem que sejam necessárias atuações de outros sujeitos jurídicos.

As competências podem ser do cidadão e do Estado.

Segundo aponta ALEXY, o legislador estaria a violar normas de direito fundamental se derogasse as competências individuais tidas como liberdades (v.g. contrair matrimônio, adquirir propriedade, etc).

A relação das competências com as liberdades está exatamente no fato de que, aquelas ampliam o campo de atuação do indivíduo e portanto aumentam a sua liberdade jurídica. Conclui-se por isso que “(...) *La libertad jurídica para realizar un acto jurídico persupone necesariamente la competencia al respecto.*”⁹³

Já em relação à competência do Estado, está-se diante das normas de direito fundamental como normas de competência negativa. Uma norma de competência negativa, explica ALEXY, é aquela que limita uma norma de competência positiva, ou ainda, que institui cláusulas de exceção às normas de competência positiva.

⁹² ALEXY, op. cit. p. 230

⁹³ Ibid., p. 238

7 A contribuição de Vieira de Andrade

VIEIRA DE ANDRADE⁹⁴, por seu turno, apresenta dentre várias, uma classificação dos direitos fundamentais que leva em conta o conteúdo e o modo de proteção desses direitos. Essa classificação, que segundo o autor lusitano se baseia “na “ Teoria do *status* de JELLINEK” cataloga os direitos fundamentais em: direitos de defesa, direitos de participação e direitos a prestações.

Os direitos de defesa, explica VIEIRA DE ANDRADE, também chamados de direitos de impedir, são aqueles que cobram do Estado um dever de abstenção, isto é, um ‘não agir’ em relação às liberdades individuais; v.g. vida, honra, intimidade, etc.⁹⁵

Por seu turno os direitos a prestações seriam os que impõem ao Estado um dever de agir, protegendo bens jurídicos abraçados pelos direitos fundamentais da ação ou omissão nociva de terceiros e ainda promovendo ou garantindo condições materiais ou jurídicas para o exercício pleno desses direitos (de forma individualizada).⁹⁶

Por fim, dentro dessa análise, os direitos de participação seriam o misto entre os direitos de abstenção e os direitos a prestações, todavia como uma função garantidora da participação individual na vida política.⁹⁷

O próprio VIEIRA DE ANDRADE encontra falhas nessa classificação, mas ressalta que a mesma permite distinguir entre os diversos direitos, levando-se em conta o critério fundamental destes.⁹⁸

Na Constituição Portuguesa de 1976, conforme aponta VIEIRA DE ANDRADE, os direitos fundamentais aparecem divididos em “direitos, liberdades e garantias”, além dos restantes direitos e direitos econômicos, sociais e culturais, ou simplesmente ‘direitos

⁹⁴ ANDRADE, op. cit., p. 192

⁹⁵ Ibid., p. 192

⁹⁶ Ibid., p. 192.

⁹⁷ Ibid., p. 192/193

sociais'. São esses últimos que carecem de uma defesa acerca de sua eficácia jurídica, não somente no ordenamento jurídico lusitano como em quase todas as Constituições atuais do mundo ocidental. Apesar de trazerem em seu texto a previsão expressa desses direitos fundamentais sociais, ainda enfrentam o desafio de torná-los concretos.

Qualquer que seja a classificação adotada, o reconhecimento dos direitos fundamentais, principalmente os direitos fundamentais sociais, desafia sua localização nas constituições, mais precisamente na Constituição Brasileira de 1988, e ainda a sua concretização, seja pela interpretação, seja pelo controle de constitucionalidade e também pelos limites às restrições a esses direitos.

8 Restrições aos direitos fundamentais

Há duas formas de se materializar o desenvolvimento normativo dos direitos fundamentais: a restrição ou limitação e a conformação ou configuração.

GAVARA DE CARA entende que restrição ou limitação é

(...) una modificación normativa o factual no contraria a la Constitución de alguno dos elementos configuradores del derecho fundamental (titular, destinatário y objeto) com la consecuencia de que afecta su ejercicio.” Já a configuração ou conformação do direito fundamental “ (...) es entendida como una dotación del contenido material de alguno de los elementos configuradores del derecho fundamental o de la sanción vinculada a su sentido prescriptivo. En definitiva, significa la determinación del contenido o la fijación de la forma de ejercicio y de las garantías⁹⁹

De acordo com essa conceituação depreende-se que tanto a restrição aos direitos fundamentais quanto a conformação desses direitos se faz através de normas.

Essas normas podem ser restritivas ou conformadoras, sendo que as primeiras (...) limitam ou restringem posições que, *prima facie*, se incluem no domínio de protecção dos direitos fundamentais” e as últimas – conformadoras – “ (...) completam , precisam, concretizam ou definem o conteúdo de protecção de um direito fundamental.”¹⁰⁰

Como declara VIEIRA DE ANDRADE, não é novidade afirmar que os direitos fundamentais não são absolutos nem ilimitados. “(...) Não o são também enquanto valores constitucionais, visto que a comunidade não se limita a reconhecer o valor da liberdade: liga

⁹⁹ GAVARA DE CARA, Juan Carlos, apud STEINMETZ, Wilson Antonio “**Colisão de direitos fundamentais e o princípio da proporcionalidade** Dissertação de mestrado 2001, Universidade Federal do Paraná, 2001 , p. 10.

¹⁰⁰ CANOTILHO, J.J, Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**, . 2 ed. Coimbra: Almedina, 1998, p. 1131

os direitos a uma idéia de responsabilidade social e integra-os no conjunto dos valores comunitários.”¹⁰¹

ROBERT ALEXY¹⁰², abordando este tema, afirma que a primeira vista, a existência de restrições aos direitos fundamentais não traz problemas, restando apenas a fixação do conteúdo e alcance das restrições e também na distinção entre restrições e regulações, configurações e concreções.

ALEXY faz referência a FRIEDRICH KLEIN que, apoiado na lógica pura, afirma não existirem restrições às disposições de um direito fundamental, havendo, tão somente, o conceito delas mesmas.¹⁰³

O autor alemão avalia que o conceito de restrição envolve a existência do próprio direito e de suas restrições, entre as quais existe uma relação de tipo especial, a de restrição. A este entendimento, ALEXY chama *Teoria Externa*. A *Teoria Interna*, por sua vez revela a existência de apenas uma situação: o direito com um determinado conteúdo (teoria de KLEIN). Nesta o conceito de restrição é substituído pelo conceito de limite. As dúvidas acerca dos limites do direito não se referem ao fato de o direito dever ou não ser limitado, mas ao conteúdo do direito. Quando se fala em ‘limites’ em lugar de ‘restrições’, fala-se em ‘restrições imanentes’¹⁰⁴.

Segundo ALEXY, para encontrar correção na teoria externa ou na teoria interna, importa considerar as normas jusfundamentais como regras ou princípios e as posições jusfundamentais como posições definitivas ou *prima facie*. Então, partindo-se de posições definitivas, é possível refutar a teoria externa e, partindo-se de posições *prima facie*, a teoria interna.

¹⁰¹ ANDRADE, op.cit., p. 213.

¹⁰² ALEXY, op.cit., p. 268.

¹⁰³ Ibid., p. 268

¹⁰⁴ Ibid., p 268-269

A própria Constituição cuida de prever limites ao exercício dos chamados direitos fundamentais ou essenciais, seja de forma expressa, seja autorizando a restrição.

8.1 Limites Internos

Quando a limitação se encontra no texto Constitucional, afirma-se que se está diante de limites internos. Esses limites, previstos pelo próprio constituinte causam celeuma, entre os autores, se realmente configuram restrições aos direitos fundamentais ou não.

São dois os posicionamentos. No primeiro, se afirma que não estamos a falar de restrições, mas em situação de não direito.

SUZANA DE TOLEDO BARROS¹⁰⁵ cita como exemplo da limitação expressa o art. 5º, XVI, da CF “todos podem reunir-se **pacificamente e sem armas**, em locais abertos ao público (...)”.

Não se está a frustrar do direito de reunião, mas há a exigência – limite – para que esse direito seja reconhecido.

ROBERT ALEXY prefere utilizar o termo “restrições diretamente constitucionais sob a forma de cláusula restritiva expressa ou cláusula restritiva tácita.”¹⁰⁶

Para ALEXY, que analisa norma similar à citada pela professora SUZANA DE TOLEDO BARROS, que na Lei Fundamental Alemã está prescrita no art. 8, parágrafo 1. A cláusula “pacificamente e sem armas” deve ser tida como regra que transforma os direitos *prima facie* resultantes do princípio de liberdade de reunião em não direitos definitivos.

Lembre-se aqui a posição de ALEXY, segundo a qual as restrições são normas que restringem posições fundamentais *prima facie*.

¹⁰⁵ BARROS, op.cit., p. 157

¹⁰⁶ ALEXY, op. cit., p. 277

Geralmente a cláusula restritiva ou restrição diretamente constitucional é expressa, mas ALEXY justifica a existência de cláusulas restritivas tácitas, que não são os limites imanentes, conforme preconiza um posicionamento do Tribunal Constitucional Alemão acerca de regra constitucional sobre o princípio da unidade da Constituição.¹⁰⁷

8.2 - Limites Externos

Novamente recorrendo a GAVARA DE CARA:

(...) los limites externos o intervenciones en un sentido estricto son normas de rango infraconstitucional que modifican alguno de los elementos configuradores del derecho fundamental (titular, destinatário y objeto) y que suponen la implicación a dichas modificaciones del sentido prescriptivo o cualificatorio de un derecho fundamental como consecuencia de la utilización por parte del Poder Legislativo de una norma de competencia.¹⁰⁸

Nesses casos a Constituição prevê uma reserva de lei, ou seja uma competência a ser exercida pelo Legislador Ordinário. Essa competência se revestirá de parâmetros de ordem pessoal, procedimental e material.

Já como exemplo de autorização para as restrições, ainda o art. 5º inciso XIII, segundo o qual “é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer.”

Mas as limitações não estão todas contidas na Constituição, poderão se apresentar através da legislação de caráter restritivo aos direitos fundamentais. Além disso, pode ser acarretada a colisão entre esses direitos fundamentais (que lembrando, reconhecidamente tem caráter principiológico), o que ensejará sem sombra de dúvidas a avaliação de serem ou não passíveis de restrição, ou ainda se a própria restrição é passível de ser restrita.

¹⁰⁷ ALEXY, op. cit.,p. 281

¹⁰⁸ Cf., STEINMEZ, op.cit.,p. 16

8.3 Limites Imanentes

Finalmente, cabe lembrar, que os limites podem ser imanentes, ou seja, não escritos, mas que operam com a mesma carga restritiva ou até maior do que os limites expressos.

Não há como se imaginar, que apenas existem limites que decorrem diretamente do texto constitucional, internos (ou cláusulas restritivas diretamente constitucionais) e externos (ou cláusulas restritivas indiretamente constitucionais) autorizados pelo constituinte. Há situações em que os direitos fundamentais, até pelo seu caráter ‘prima facie’ podem ser limitados.

Todavia muitos autores defendem que tais limites imanentes não passam de pseudolimites. Entre os mais importantes está FRIEDRICH MULLER para quem os limites imanentes são parte do conteúdo do direito e não um conteúdo externo a ele agregado. Isso se explica porque MULLER espousa uma concepção estrita do conteúdo dos direitos fundamentais. Sob esse conceito o Programa da Norma é encontrado após a interpretação realizada a partir da análise do programa normativo e do âmbito normativo.

Para MULLER portanto os limites autênticos são tão somente aqueles estabelecidos através de reserva constitucional de lei. Quanto aos chamados limites imanentes, eles tão somente delimitam o campo de atuação dos direitos fundamentais mediante o exercício da interpretação constitucional.¹⁰⁹

Por outro lado, uma segunda posição defende uma concepção ampliada dos direitos fundamentais e, por isso, separa o conteúdo dos direitos fundamentais, dos limites imanentes, que são, assim, considerados autênticos limites.

¹⁰⁹ Posicionamento semelhante em relação à teoria de MULLER pode ser encontrado na obra de STEINMETZ, op.cit., p. 33 et. seq.

Essa posição é defendida entre outros por ALEXY e determina que inicialmente se apure, o mais amplamente possível, as condições e o suposto de fato do direito fundamental a ser protegido, implicando tal exercício na atribuição da máxima amplitude para a efetivação desses direitos, inicialmente sem se importar com os direitos de terceiros. Mediante essa operação se alcança o conteúdo inicialmente protegido do direito. Feito isso, passa-se a segunda fase que consiste em averiguar os limites imanentes, considerados como limites que vêm, de fora, para recortar o conteúdo inicialmente protegido, decorrente da necessidade de harmonização com os demais direitos ou bens constitucionais em jogo¹¹⁰.

Para fundamentar os limites imanentes, a doutrina valeu-se de várias concepções, a saber:

- a) Cláusula da comunidade, segundo a qual não haveria proteção a um direito fundamental quando estivesse em risco os bens jurídicos da comunidade. Abandonada inclusive na Alemanha, principalmente porque tal posição é indefinida, vaga, não restando controle na fixação dos limites;
- b) Cláusula da medida - Sempre rondou a doutrina alemã a se perguntar se os limites imanentes seriam deduzíveis da Constituição. Essa posição baseia-se no chamado 'tríplice limite' : direitos de terceiro, ordem constitucional e lei moral.

Nesse sentido, conforme ensina VIEIRA DE ANDRADE, "(...) o problema deve, portanto, ser resolvido como problema de interpretação dos preceitos constitucionais que prevêem cada um dos direitos fundamentais".¹¹¹

Deve se verificar, segundo o autor lusitano,

¹¹⁰ STEINMETZ, op. cit., p 36-37

¹¹¹ ANDRADE, op.cit.,p. 219

(...) até onde vai o domínio de proteção da norma. Se num caso concreto se põe em causa o conteúdo essencial de outro direito, se se atingem intoleravelmente a moral social ou valores e princípios fundamentais da ordem constitucional, deverá resultar para o intérprete a convicção de que a protecção constitucional do direito não quer ir tão longe.¹¹²

Ao se afirmar anteriormente o carácter não absoluto dos direitos fundamentais, a ideia prevalente é de que sua força normativa não se perde com o reconhecimento da sua limitabilidade.

Ao contrário, reconhecidos os limites impostos pelo Constituinte Ordinário ou por sua delegação, como exceções internas ou externas, é justamente ao retratar a existência de limites não expressos, que se reafirma a normatividade absoluta dos direitos fundamentais.

Pois é justamente outro direito fundamental a partir do juízo de ponderação, quem há de limitar ainda que temporariamente e para aquele caso concreto, a aplicação de outro direito igualmente fundamental.

Portanto, se admite a partir dessa concepção unitarista, que não há, *prima facie*, uma prevalência valorativa de um direito fundamental sobre outro, conforme se verá adiante, notadamente quando se tratar de direitos com carácter principiológico, mormente os direitos prestacionais de cunho social.

Por outro lado, se os direitos fundamentais não são absolutos, aceitando algumas restrições, também estas restrições não trafegam livremente ao arbítrio do legislador ou da administração pública.

Justamente para que as limitações aos direitos fundamentais só ocorram em situações excepcionais específicas e fundamentadas, é que a doutrina desenvolveu a tese da restrição aos limites, também conhecida como “limites aos limites”.

¹¹² ANDRADE, op. cit., p. 219

9 Limites às Restrições (Limites aos Limites):

A dúvida colocada, portanto, é a de imediatamente saber se está o legislador cumprindo seu dever e apenas limitando ou restringindo os direitos fundamentais, atendendo a um comando constitucional legítimo, ou se está a ferir de morte aquele direito protegido.

Pode-se depreender que os direitos fundamentais são passíveis de ilimitada restrição. Mas como se disse anteriormente, os limites imanentes restringem a atuação do legislador, tanto para a manutenção de um “núcleo essencial do direito fundamental quanto à clareza, determinação, generalidade e proporcionalidade das restrições impostas”:

O Princípio da Proteção do Núcleo Essencial tenciona evitar o esvaziamento do conteúdo do direito fundamental mediante estabelecimento de restrições descabidas ou desproporcionais.¹¹³ O núcleo essencial, segundo a definição de VIEIRA DE ANDRADE, seria, segundo as teorias absolutas,

(...) um espaço de maior intensidade valorativa (o <coração do direito>) que não poderia ser afectado sob pena de o direito deixar realmente de existir.” Já para as teorias relativas, prossegue o autor português, “ (...) a restrição só seria legítima quando (se) fosse exigida para a realização de bens jurídicos que devessem ser considerados (no caso) como mais valiosos e (...) só na medida em que essa exigência se imponha ao direito fundamental.”¹¹⁴

O Princípio da Clareza e Determinação das Normas Restritivas, em nome do princípio da segurança jurídica, exige que as normas restritivas sejam dotadas de clareza e precisão, permitindo que o eventual atingido possa identificar a nova situação jurídica e as consequências que dela decorrem.¹¹⁵

¹¹³ HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Medes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1991, p. 39.

¹¹⁴ ANDRADE, op.cit., p. 234

¹¹⁵ MENDES, op.cit., p. 39-40

Outra limitação diz respeito à **proibição de restrições casuísticas**, (leis restritivas de conteúdo casuístico ou discriminatório) que venham a ferir o princípio da igualdade material, que venham transformando leis em verdadeiros atos administrativos direcionados.

A propósito, VIEIRA DE ANDRADE, analisando a Constituição Portuguesa de 1976 afirma que esta traz requisitos para as chamadas ‘leis restritivas’, quais sejam:

(...) revestir-se de carácter geral e abstracto, não podem ter efeitos retroactivos, as restrições tem de limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos, não podendo em caso algum diminuir a extensão e o alcance do conteúdo essencial dos preceitos constitucionais (artigo 18º n.ºs 2 e 3)¹¹⁶

Os limites aos direitos fundamentais portanto são imprescindíveis e não há como negá-los, pois impedem que em nome da positivação dos direitos fundamentais sociais, sejam cometidos abusos e mesmo violação a direitos de terceiros. Todavia a constatação da existência desses limites caminha lado a lado com a definição clara de que restrições serão essas, e até que ponto podem chegar tais restrições.

A linha entre as restrições legítimas aos direitos fundamentais e a lesão a esses mesmos direitos é tênue e necessita de todos os elementos possíveis para justificá-la. Essa tarefa cabe ao operador e ao intérprete, que poderão afastar os eventuais excessos, estejam eles positivados ou não, tudo em favor da maior efetividade possível dos direitos fundamentais.

10 Direitos a prestações

Uma vez que se discutirá o enquadramento do direito à saúde na classificação dos direitos sociais de natureza fundamental, e por consequência a atribuição aos direitos sociais, não como únicos, mas também como direitos prestacionais, é preciso estabelecer as devidas conceituações sobre o tema.

Como se viu anteriormente VIEIRA DE ANDRADE conceituou direitos a prestações como os

que impõem ao Estado um dever de agir, protegendo bens jurídicos abraçados pelos direitos fundamentais da ação ou omissão nociva de terceiros e ainda promovendo ou garantindo condições materiais ou jurídicas para o exercício pleno desses direitos (de forma individualizada).¹¹⁷

Observando a análise inicial de VIEIRA DE ANDRADE e do próprio ALEXY, pode-se levar à falsa impressão de que as prestações estatais estariam cingidas à segunda geração/dimensão dos direitos fundamentais.

Mas a leitura contextualizada apresenta uma amplitude que supera este reducionismo.

ALEXY prefere por exemplo, a divisão dos direitos prestacionais em sentido amplo em três grupos: a) Os direitos de proteção; b) Os direitos a organização e procedimento e c) Os direitos prestacionais em sentido estrito.

Na visão de ALEXY, “o conceito de direito a prestações será entendido num sentido amplo”¹¹⁸. Para o Professor alemão, todo o direito a uma ação positiva estatal é um direito à prestação. Além disso, as proteções dos indivíduos de ataques arbitrários de outrem

¹¹⁶ ANDRADE, op.cit.,p. 232-233

¹¹⁷ Ibid., p. 192.

(segurança), além do rol de normas de organização e até prestações em dinheiro ou bens formam o amplo conceito de prestações, que para ALEXY, é reconhecidamente mais amplo que o habitual.

Os direitos de proteção, segue o doutrinador alemão, são aqueles que o titular do direito tem frente ao Estado para que este lhe proteja da intervenção de terceiros, evitando por exemplo que ele seja assassinado ou esteja exposto aos riscos da energia atômica¹¹⁹. Incluem-se ainda nos direitos de proteção, a honra, a dignidade a liberdade, a família e a propriedade.

Qualquer semelhança com os direitos tidos como de primeira dimensão não é mera coincidência.

Seguindo em sua classificação dos direitos prestacionais, ALEXY denomina de direitos de organização e procedimento aqueles que impõem ao Estado a obrigação de estabelecer e aplicar as garantias processuais e institucionais para efetivação dos direitos fundamentais. Assim, a edição de normas que facilitam o acesso à justiça, a criação de órgãos de defesa dos direitos humanos. Poder-se-ia, segundo ALEXY, enquadrar tais direitos naquilo que Peter HABERLE chama de *status activus processualis* derivado do *status activus* preconizado pela já mencionada Teoria de Georg JELLINEK.

Finalmente, cita-se os direitos a prestação em sentido estrito, ou seja, os direitos sociais fundamentais, que serão objeto desta investigação, a partir do direito fundamental à saúde.

Afirma ALEXY¹²⁰ que o direito a prestações em sentido estrito “são os direitos do indivíduo frente ao Estado a algo que – se o indivíduo possuísse meios financeiros suficientes e se encontrasse no mercado uma oferta suficiente – poderia obtê-los também de particulares”.

¹¹⁸ ALEXY, op.cit.,p. 427.

Desta forma, refere-se ALEXY justamente aos direitos sociais, dentre os quais o direito ao trabalho, à vida, à educação, à moradia.

Prossegue ALEXY afirmando que há uma distinção entre os direitos a prestações expressamente estabelecidos e os direitos a prestações que surgem a partir da interpretação. Reserva-se a expressão “direitos sociais a prestações” no caso dos direitos prestacionais expressamente previstos e “direitos fundamentais a prestações” ou “interpretações sociais dos direitos de liberdade e igualdade”, reservados às prestações adscriptas interpretativamente. Há importantes distinções entre os direitos prestacionais expressos constitucionalmente e os interpretativamente adscriptos. Entre eles existe uma grande semelhança de conteúdo, estrutura e problemas¹²¹.

Desse modo se justifica de acordo com o autor alemão, a denominação comum de “direitos sociais fundamentais” utilizada para contemplar os direitos à prestação em sentido estrito, a qual será o ponto de partida desta pesquisa, em relação ao direito social fundamental à saúde.

¹¹⁹ ALEXY, op. cit., p. 436

¹²⁰ Ibid., p. 482

¹²¹ Ibid, op.cit., p. 483

11 Direitos fundamentais sociais

Os direitos fundamentais sociais, segundo leitura de PAULO COGO LEIVAS¹²²,

(...)em sentido material, direitos a ações positivas, fáticas, que se o indivíduo tivesse condições financeiras e encontrasse no mercado oferta suficiente, poderia obtê-las de particulares, porém na ausência destas condições e considerando a importância destas prestações, cuja outorga ou não-outorga não pode permanecer na mão de simples maioria parlamentar, podem ser dirigidas contra o Estado por força de disposição constitucional.

Pode-se afirmar que há uma fina sintonia entre o conceito apresentado por LEIVAS com o já mencionado conceito de ALEXY sobre os direitos sociais. Mas a importância de trazê-los, até com certa redundância, é a de que se agrega a idéia de prestações positivas naquele (LEIVAS), enquanto ALEXY admite as prestações positivas e negativas num conceito mais amplo.

De qualquer modo, os direitos fundamentais sociais, não se pode esquecer, estão presentes expressamente ou a partir da interpretação constitucional, mas mesmo assim, há divergência quanto à sua efetividade, mormente à própria sindicabilidade.

Como se viu anteriormente, as restrições aos direitos fundamentais impedem sua aplicabilidade absoluta, sem ponderações, sejam as já eleitas pelo Constituinte Originário – os limites expressos internos e externos - sejam os decorrentes da colisão de direitos fundamentais – os limites imanentes.

Ocorre que, os direitos fundamentais sociais devem ser enquadrados também no conceito dos “Tipos Normativos”, onde significam direitos concedidos *prima facie* pelas ou seja, sem levar em consideração, inicialmente, as restrições¹²³.

¹²² LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. **A estrutura normativa dos direitos fundamentais sociais**. 2002. Dissertação mestrado em direito. Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2002, p. 49.

Esse conceito de “tipo normativo” foi desenvolvido pela doutrina alemã, em contraposição à doutrina da limitação dos direitos fundamentais e possibilita a aplicação do conceito estrito de tipo normativo, onde se busca a satisfação do direito fundamental social (tipo normativo) em detrimento da sua restrição (cláusula restritiva).

Por exemplo, no momento da análise da efetividade do direito fundamental à saúde, o intérprete identifica seu caráter *prima facie* de fundamentabilidade, em detrimento da reserva do possível ou outro limitador que impeça a aplicação do direito à saúde.

Essa identificação do “tipo normativo” remete, segundo ALEXY, a outros dois conceitos: o conceito amplo do tipo normativo e o conceito estrito.

Pelo conceito amplo entende-se a exigência de extensiva compreensão do bem protegido e de um conceito amplo de intervenção, e uma teoria estrita opera com um conceito restrito de intervenção¹²⁴.

LEIVAS, ao comentar ambas as teorias do tipo fundamental (amplo e restrito) observa, de forma crítica, que a teoria ampla do tipo normativo cederia mais a restrições pecando, entre outros argumentos, pela falta de honestidade, ao se permitir ao legislador por exemplo, determinar limites aos direitos fundamentais.

Já em relação à teoria estrita LEIVAS afirma que:

Parece mais simples, portanto confiar que uma jurisprudência constitucional continuada e racionalmente orientada pelo preceito da proporcionalidade possa reduzir significativamente a relativa insegurança oriunda da aplicação das normas de direitos fundamentais.

¹²³ BOROWSKI, Martin. **Grundrechte als prinzipien...**, apud LEIVAS op.cit.,p. 52

¹²⁴ Ibid. p. 52

Desta forma, embora a relação entre os limites externos e internos não esteja obrigatoriamente ligados à Teoria Ampla, fica claro o seu comprometimento a partir da receptividade que tal teoria dá à idéia de restrição aos direitos fundamentais.

Mais correto se falar, portanto, numa Teoria Estrita dos Tipos Fundamentais que favorece a escolha a partir de um juízo de ponderação que analisa a razoabilidade e proporcionalidade entre os direitos, para só então admitir sua restrição.

Essa é a postura empregada a partir deste ponto na presente investigação. Prestigiar os direitos prestacionais como direitos fundamentais sociais e, via de consequência, estabelecer uma análise a partir da interpretação estrita desses direitos, optando sempre pelo direito fundamental, reservando à restrição o seu caráter subsidiário.

12. A Constituição como sistema aberto de princípios e regras – o caráter principiológico das normas de direito fundamental

Numa Constituição reconhecida como norma fundamental, na qual não há mais sentido a distinção entre norma e princípios, cabe a classificação e diferenciação de duas espécies normativas: as regras e princípios.¹²⁵

Cabe também dimensionar a Constituição como sendo um sistema aberto onde essas normas se apresentam. Essa abertura é necessária para captar e recepcionar os anseios e otimizações dos direitos fundamentais, que mudam e aumentam todos os dias, encontrando exatamente na Constituição aquilo que CANOTILHO chama de “capacidade de aprendizagem das normas constitucionais”.¹²⁶

12.1 A distinção entre regras e princípios

Existem várias formulações que apresentam critérios para diferenciar as normas-regras das normas-princípios. ROBERT ALEXY¹²⁷ aponta o critério da generalidade (abstração) como sendo o mais frequentemente utilizado.

Segundo o critério da generalidade, os princípios são normas com um grau de generalidade relativamente alto e as regras ao contrário, com baixo grau de generalidade.

No mesmo sentido, CANOTILHO¹²⁸ lembra ainda que além do grau de abstração, pode-se distinguir as regras dos princípios por meio do “grau de determinabilidade”, onde se exige para a aplicação dos princípios, mediações concretizadoras do juiz ou do legislador, ao

¹²⁵ Cfr. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 6ª ed., Coimbra, Almedina, 1993, p. 166.

¹²⁶ *ibid.* p. 165.

¹²⁷ ALEXY, op.cit., p.83 et. seq.

¹²⁸ *Ibid.* p. 166

contrário das regras que são diretamente aplicadas; do “caráter de fundamentabilidade”, que entende os princípios como normas de natureza fundamental no ordenamento jurídico devido a sua posição hierárquica no sistema das fontes (princípios constitucionais), ou ainda, sua importância dentro do sistema jurídico (princípio do Estado de Direito); da “proximidade do direito”, onde os princípios são *standards* juridicamente vinculantes radicados nas exigências de justiça ou na idéia de direito, enquanto as regras podem ser normas vinculativas com caráter meramente funcional; a natureza normogenética, que considera os princípios como fundamento das regras.

Tanto ALEXY quanto CANOTILHO concordam que o mais importante é considerar a diferenciação das regras e princípios, não somente quanto ao grau de abstração ou generalidade, mas sim em relação a qualidade das normas.

Para tanto tem-se que os princípios são mandados de otimização, ou literalmente como quer ALEXY¹²⁹: “...os princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes.”

Quer dizer, podem os princípios ser cumpridos nos mais diferentes graus, ao inverso das regras que só podem ser cumpridas ou não.

Parece adequado ainda o que aponta ALEXY, nomeadamente como colisão de princípios e conflitos de regras.

Em relação às regras, quando há entre elas um conflito, só há duas maneiras de solucioná-lo: ou se inclui uma cláusula de exceção (ex. uma regra diz que ninguém pode abandonar a sala de aula antes de soar o sinal, e outra diz que todos devem abandonar a sala de aula, caso soe o alarme de incêndio. Em que pese as regras sejam contraditórias, basta que se inclua a cláusula de exceção (alarme de incêndio) na primeira regra e o conflito está solucionado)¹³⁰.

¹²⁹ ALEXY, op. cit., p. . 86

¹³⁰Ibid, p 88.

De outro modo, se as regras conflitantes não admitirem a cláusula de exceção, resta a declaração de invalidez de uma delas. E tal se faz, usando o próprio manancial de regras já existentes no direito (lei posterior derroga lei anterior, lei especial derroga lei geral, ou até mesmo o caráter de importância das regras em conflito).

Por seu turno, quando se opõem dois princípios, fala-se em colisão, mas com solução diferenciada àquela do conflito de regras.

Nessa situação o operador analisará no caso concreto, qual princípio precederá ao outro. Mas essa precedência em determinado caso, não implica na invalidez do princípio que foi preterido. Este princípio pode vir a ser precedente em outro caso concreto de colisão, seja em relação aquele que o preteriu, seja em relação a outro princípio.

Exemplificando, ALEXY¹³¹ cita o chamado caso Lebach no qual uma rede de televisão alemã deseja apresentar um documentário sobre o assassinato de jovens soldados da cidade de Lebach, ocorrido muitos anos antes. De outro lado está um cúmplice desse assassinato, que praticamente já cumpriu sua pena, e é citado pelo documentário expressamente, inclusive com sua fotografia exposta.

Os princípios colidentes do direito à informação e do direito à intimidade (personalidade), dentre outros, existentes no caso.

Não há precedência explícita de um princípio sobre o outro. Ambos são igualmente caros.

Para sintetizar, no caso em referência o Tribunal Alemão decidiu que não havia interesse atual de informação em relação ao interesse maior do indivíduo, que poderia ser prejudicado inclusive em relação a sua ressocialização.

¹³¹ ALEXY, op. cit., p. 96

Mas o que se depreende da decisão, é que não ficou definido que em todos os casos precederia o direito a intimidade em detrimento ao direito à informação. Mais, não precederia também em todos os casos o direito a informação simplesmente por ser ela atual.

Conclui-se que, somente através de um juízo de ponderação, diante do caso concreto, é que se pode chegar a melhor decisão, justificada “correta”.

12.1.1 Classificação dos princípios

Muito bem estudados por EDILSON PEREIRA DE FARIAS,¹³² os princípios explícitos ou positivos são os que estão presentes nos textos legais positivados em vigor. Exemplificando, temos o princípio da legalidade, impessoalidade, publicidade, eficiência (art. 37 da Constituição Federal).

Entre os princípios explícitos cita-se os princípios constitucionais que têm, sobretudo, importância reconhecida para a interpretação constitucional, considerando-se, como já dito anteriormente, que as normas programáticas são dotadas de força normativa, assim como as demais normas constitucionais.

Essa importância hermenêutica, refere-se principalmente a insuficiência dos métodos clássicos de interpretação das normas, como o de Savigny e também diante da premissa adotada aqui, de que as normas constitucionais têm caráter aberto.

Decorre, então, que se pode classificar os princípios constitucionais expressos ou positivados como princípios estruturantes ou fundamentais, princípios constitucionais impositivos e princípios-garantia¹³³:

Os princípios estruturantes ou fundamentais são “aqueles que expressam decisões políticas fundamentais do constituinte no que pertence a estrutura básica do Estado e as idéias e os valores

¹³² FARIAS, Edilson Pereira de. **Colisão de direitos: A honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1996, p. 34.

¹³³ Ibid., op.cit., p.34-36

fundamentais triunfantes na Assembléia Constituinte. Caracterizam a “fórmula política” e a estrutura da constituição”¹³⁴.

Se esses princípios vierem a ser alterados ou suprimidos da Constituição, significará na realidade sua aniquilação. Vem daí o interesse dos constituintes em gravá-los com cláusulas de eternidade. (ex. Constituição Brasileira de 1988 em seu art. 60 § 4º).

Esses princípios na Constituição Federal Brasileira de 1988, estão expressos nos arts. 1º a 4º, conforme apresenta José Afonso da Silva¹³⁵:

“(a) princípios relativos a existência, forma, estrutura e tipo de Estado: *República Federativa do Brasil, soberania, Estado Democrático de Direito* (art. 1º);

(b) princípios relativos à forma de governo e à organização dos poderes: *República e separação dos poderes* (art. 1º e 2º);

(c) princípios relativos à organização da sociedade: *princípio da livre organização social, princípio de convivência justa e princípio da solidariedade* (art. 3º, I);

(d) princípios relativos ao regime político: *princípio da cidadania, princípio da dignidade da pessoa, princípio do pluralismo, princípio da soberania popular, princípio da representação política e princípio da participação popular direta* (art. 1º, parágrafo único);

(e) princípios relativos a prestação positiva do Estado: princípio da independência e do desenvolvimento nacional (art. 3º, II) princípio da justiça social (art. 3º, III) e princípio da não discriminação (art. 3º, IV);

(f) princípios relativos à comunidade internacional: da independência nacional, do respeito aos direitos fundamentais da pessoa humana, da auto-determinação dos povos, da não intervenção, da igualdade dos Estados, da solução pacífica dos conflitos e da defesa da paz, do repúdio ao terrorismo e ao racismo, da cooperação entre os povos e o da integração da América Latina (art.4º).”

EDILSON FARIAS¹³⁶ segue a classificação dos princípios fundamentais na constituição, com os princípios constitucionais impositivos ou diretivos, que dizem respeito a tarefas que a constituição incumbe ao Estado geralmente para o atendimento das necessidades coletivas de natureza econômica, social e política.

¹³⁴ FARIAS, op.cit., p. 34.

¹³⁵ SILVA, 1997, op. cit. p. 96

¹³⁶ FARIAS, op. cit., p. 36

Na Constituição Brasileira de 1988, há como exemplos de princípios constitucionais impositivos ou diretivos os seguintes:

construir uma sociedade livre, justa e solidária; garantir o desenvolvimento nacional; erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (art. 3º, I, II);
a república federativa do Brasil buscará a integração econômica, política, social e cultural dos povos da América Latina, visando a formação de uma comunidade latino-americana de nações (art. 4º, parágrafo único);
a ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social (art. 170, caput).

Já os princípios garantia, dizem respeito diretamente às garantias individuais plasmadas na constituição. Sua densidade é semelhante a das regras jurídicas.¹³⁷

Como exemplo na Constituição Brasileira de 1988 temos:

-ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante; ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, salvo de invocá-las para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação pelo dano material ou moral decorrente da sua violação; não haverá juízo ou tribunal de exceção; não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal ('nullum crimen, nulla poena sine lege'); aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, como os meios e recursos a ela inerentes; ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado em sentença penal condenatória (art. 5º, III, VIII, XXXVII, XXXIX, LV, LVIII).

12.1.2 A classificação das normas fundamentais em princípios e regras

A concepção acerca dos princípios como espécies normativas ao lado das regras ganhou destaque a partir da obra, especialmente de dois juristas: RONALD DWORKIN,

¹³⁷ Cf., CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. Coimbra: Almedina, 1993, p. 173

professor de Harvard (EUA) e ROBERT ALEXY, que leciona na Faculdade de Direito Georg August, de Gotinga, Alemanha.

Anteriormente a esses posicionamentos, dos quais se trata a seguir, conforme leciona PAULO LYRIO PIMENTA¹³⁸, a idéia geral era a de que os princípios corresponderiam à idéias abstratas, com dimensão ético-valorativa. No período positivista, os princípios ganharam alguma força normativa ingressando nos Códigos como fonte normativa subsidiária. Mais recentemente, e também no Brasil, os princípios adquiriram o *status* de norma geral valorativa, ou seja, as normas mais fundamentais do sistema, ou ainda, “mandamentos nucleares, disposições fundamentais”.¹³⁹

CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO, representando essa idéia afirma:

Princípio – já averbamos alhures – é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalização do sistema normativo, no que lhe confere tónica e lhe dá sentido harmônico. É o conhecimento dos princípios que preside a intelecção das diferentes partes componentes do todo unitário que há por usar o nome sistema jurídico positivo (...) Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma qualquer. A desatenção ao princípio implica a ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra. Isto porque, com ofendê-lo, abatem-se as vigas que o sustentam e alui-se toda a estrutura nelas esforçada.¹⁴⁰

As características acima arroladas, ainda hoje adotadas por parte da doutrina, aferem aos princípios um aspecto axiológico em relação às regras, que teriam caráter

¹³⁸ PIMENTA, op. cit., p. 120

¹³⁹ Por todos, ver MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

¹⁴⁰ MELLO, op.cit., p. 450-451

instrumental submetendo-se àqueles. Não parece exatamente o tratamento inicialmente proposto por DWORKIN ou ALEXY como se verá adiante.

12.1.3 O posicionamento de DWORKIN

DWORKIN desenvolveu sua teoria acerca do direito criticando o positivismo e elegendo especialmente a obra de HART como “alvo” para sua contraposição.¹⁴¹

Inicia o professor de Harvard apresentando o modelo de Hart (positivista) a respeito das regras, as quais distingue inicialmente entre regras primárias (aquelas que concedem direitos ou impõe obrigações) e secundárias (aquelas que estipulam como e por quem estas obrigações podem ser estabelecidas, modificadas ou abolidas).

Ainda segundo DWORKIN, HART trabalhará com a idéia de que as regras ou são aceitas pela comunidade (apressando-se em distinguir a aceitação social da imposição por meio de força ou ainda do mero hábito) ou as regras são válidas, decorrentes do reconhecimento da autoridade de quem as editou. Nessa esteira, as regras nas sociedades primitivas (mais simples portanto) possuem apenas regras primárias (de comportamento) que seriam sempre de aceitação e não se distinguiriam das regras morais. Numa evolução, surge a necessidade de regras secundárias, ou seja, regras específicas de organização de competências, dada a complexidade da sociedade. A essas regras HART chamará de regras de reconhecimento que, no campo das regras de aceitação, diferem dos comandos morais, por se lhe aceitar a autoridade para sua imposição.¹⁴²

Finalmente, a partir dessa idéia de direito traçada pelas regras de reconhecimento, é possível para HART aferir a validade das regras particulares (primárias ou de comportamento), como por exemplo um regulamento de um estacionamento particular em dado município, que deve atender ao comando da lei municipal, criada de acordo com a

¹⁴¹ DWORKIN, op.cit., p. 31 e ss.

¹⁴² Ibid., p. 33

competência deferida pela Constituição Estadual que por seu turno se baseou nos requisitos impostos pela Constituição Federal.¹⁴³

A crítica de DWORKIN para a teoria “positivista” de Hart está calcada na insuficiência para evitar o uso da discricionariedade judicial ante a ausência de aferição da validade para a regra de reconhecimento (o que HART chama de textura aberta dessas regras). DWORKIN expõe que demonstrará como nos “casos difíceis” a solução positivista apontará sempre para a atuação discricionária de alguém.¹⁴⁴

DWORKIN inicia sua “batalha” contra o positivismo de Hart, afirmando que em face dos “casos difíceis”, os juristas recorrem não a regras, mas a princípios ou políticas¹⁴⁵.

Para DWORKIN política é “aquele tipo de padrão¹⁴⁶ que estabelece um objetivo a ser alcançado, em geral uma melhoria em algum aspecto econômico, político ou social da comunidade”¹⁴⁷. Por outro lado, princípio é o “padrão que deve ser observado não porque vá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável, mas porque é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade”.¹⁴⁸ Uma política para DWORKIN seria exemplificada pela disposição do estado em diminuir acidentes de veículos e um princípio o fato de que nenhum homem pode se beneficiar de sua própria injustiça.

A preocupação de DWORKIN reside em distinguir os princípios das regras. Para tanto analisa dois casos emblemáticos: no primeiro, Riggs contra Palmer, decidido em 1889

¹⁴³ DWORKIN, op. cit., p. 34

¹⁴⁴ Ibid. p. 35

¹⁴⁵ Em sua dissertação de mestrado, PAULO LEIVAS Leivas faz um importante alerta sobre a expressão original e sua tradução, a qual me agrego para evitar confusões terminológicas. A expressão original *policy* e no plural *policies*, foi traduzida na versão espanhola por *directrices políticas*, ou simplesmente *directices*, já na edição brasileira da Martins Fontes, com a qual trabalho a expressão utilizada é simplesmente “políticas”. No entanto, mesmo que decorra dessas traduções alguma imprecisão, não há maiores prejuízos pelo fato de Dworkin ter conceituado o que entende por *policies*. Apenas para registro, Paulo Leivas optou pela expressão “fixação de objetivos estatais”. Ver LEIVAS, Paulo. op. cit. p. 15

¹⁴⁶ Aqui o tradutor brasileiro adaptou para o português a expressão “standard” traduzindo-a por padrão, que registro pelos motivos já mencionados.

¹⁴⁷ DWORKIN, op.cit.,p. 36

por um Tribunal de Nova York, quando se discutiu se um neto herdeiro por disposição testamentária poderia ser beneficiado mesmo após ter assassinado seu avô com o objetivo de receber a herança. Nesse caso sustentou o Tribunal que embora as leis determinassem o benefício ao autor, dever-se-ia atender às máximas gerais do direito consuetudinário, no qual a ninguém é permitido se aproveitar de sua própria fraude.

O outro caso paradigmático utilizado por DWORKIN é o de *Henningsen contra Bloomfield Motors Inc.*, julgado em 1969 por um Tribunal de Nova Jersey, quando se debateu sobre um acidente causado por defeito na fabricação de um automóvel. Por cláusula contratual o fabricante se eximia de qualquer responsabilidade a não ser em relação ao conserto das partes defeituosas. Nesse caso, o Tribunal decidiu que em casos similares compete aos Tribunais examinar minuciosamente os contratos para ver se os interesses do consumidor estão sendo tratados com equidade.¹⁴⁹

Com base nesses casos DWORKIN afirma que os padrões das decisões não apontam para regras jurídicas. DWORKIN afirma categoricamente que:

A diferença entre princípios e regras é de natureza lógica. Os dois conjuntos de padrões apontam para decisões particulares acerca da obrigação jurídica em circunstâncias específicas, mas distinguem-se quanto à natureza da orientação que oferecem. As regras são aplicáveis a maneira do tudo ou nada. Dados os fatos que uma regra estipula, então a regra é válida, e neste caso a resposta deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso em nada contribui para a decisão.¹⁵⁰

Mesmo considerando válida a existência de exceções às regras, DWORKIN sustenta que tais exceções devem vir expressas sob pena da incompletude da regra. Em suma, quanto maior for o número de exceções incluídas no enunciado, maior será a exatidão do enunciado da regra.

¹⁴⁸ *ibid.* p. 36

¹⁴⁹ Os casos vem narrados *in* DWORKIN, *op.cit.*, p. 37 -39

¹⁵⁰ *ibid.* p. 39

Já em relação aos princípios DWORKIN assevera que mesmo aqueles que se assemelham às regras não apresentam consequências jurídicas que se seguem automaticamente quando as condições são dadas.

No entender de DWORKIN, o princípio nem sempre prevalecerá, ele apenas deve ser levado em conta para uma decisão, apontando para esse ou aquele caminho.

Além disso para DWORKIN, os princípios possuem uma dimensão de peso ou importância, que não existe nas regras. Quando os princípios se encontram, a quem couber resolver o conflito, terá que levar em conta a força relativa de cada um. Mesmo que numa decisão não se opte por um princípio, este não será inválido, permanecendo no ordenamento, e, inclusive, podendo ser utilizado em situação concreta diversa.

Já no caso do confronto entre regras não haverá maior peso de uma sobre a outra. Simplesmente uma será válida e a outra inválida. É o sistema do tudo ou nada. Elas não coexistirão num mesmo sistema. E o próprio sistema resolverá esse conflito (pelas regra promulgada mais recentemente ou a regra mais específica, por exemplo).

Em síntese, no pensamento de DWORKIN, a distinção entre princípios e regras se encontra na dimensão lógica. As regras são mandamentos diretos na base do tudo ou nada. Em caso de colisão entre as regras, uma delas deve ser considerada inválida. Já para o caso dos princípios sua aplicação dependerá do caso concreto, podendo ser ou não utilizado. Além disso trazem consigo uma dimensão de peso, inexistente nas regras, que permite ponderar ao aplicá-los, escolhendo no caso concreto, qual o princípio com maior peso naquele caso. Mas não haverá invalidação do outro, apenas sua não utilização naquele caso concreto.

Estas posições adotadas por DWORKIN em que pese o reconhecimento da sua contribuição, sofreram críticas que serão tratadas adiante.

Seguindo os passos de DWORKIN, outro dos grandes contribuintes para a difusão do modelo de distinção entre regras e princípios é Robert ALEXY, cujo posicionamento se expõe a seguir.

12.1.4 A posição de ROBERT ALEXY

Para Robert ALEXY, “tanto as regras quanto os princípios são normas, porque ambas expressam o que deve ser. Ambas podem ser formuladas com a ajuda das expressões deônticas básicas do mandado, da permissão e da proibição. Os princípios assim como as regras, são razões para juízos concretos de dever ser, mesmo em se tratando de juízos diferentes. A distinção entre regras e princípios é, pois, uma distinção entre dois tipos de normas.”¹⁵¹

ALEXY afirma que existem vários critérios para diferenciar princípios de regras.

O primeiro apresentado por ele é quanto ao grau de generalidade. Por esse critério os princípios teriam um grau de generalidade relativamente alto, e as regras um grau de generalidade baixo. Como exemplo de norma de grau de generalidade alto é a norma que expressa que o indivíduo goza de liberdade religiosa, ao contrário uma norma de baixo grau de generalidade é a que diz que o preso tem o direito de converter outros presos. Assim pelo critério da generalidade a norma da liberdade religiosa seria um princípio, enquanto a norma que permite a tentativa da conversão religiosa de um preso por outro seria uma regra.

Outros critérios são apresentados por ALEXY, mas o que ele vai adotar, é o critério que leva em conta uma diferenciação qualitativa, lógica e não o grau de generalidade ou abstração¹⁵².

¹⁵¹ ALEXY, Robert. op.cit., p. 83. No texto espanhol está assim exposto; “ (...) Tanto las reglas como los principios son normas porque ambos dicen lo que debe ser. Ambos pueden ser formulados con la ayuda de las expresiones deônticas básicas del mandado, la permisión y la prohibición. Los principios, al igual que las reglas, son razones para juicios concretos de deber ser, aun cuando sean razones de un tipo muy diferente. La distinción entre reglas y principios es pues una distinción entre dos tipos de normas.”

¹⁵² Ibid., p. 86.

Para ALEXY, os princípios são mandados de otimização. Isso significa que eles são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades fáticas existentes. Estão caracterizados pelo fato de que podem ser cumpridos em diferentes graus.¹⁵³

Ainda segundo ALEXY, as regras são normas que só podem ser cumpridas ou não. Elas contêm determinações no âmbito do fático e juridicamente possível. A impossibilidade fática ou jurídica de sua aplicação conduz à sua invalidez e, com isso, à exclusão da ordem jurídica, salvo se for possível a introdução de uma cláusula de exceção por uma outra regra ou com base num princípio.

ALEXY entende que se pode distinguir, portanto, regras e princípios quanto ao seu caráter *prima-facie*. Em que pese ALEXY seguir com DWORKIN ao afirmar que as regras são mandados definitivos do tipo tudo ou nada, reconhece que é possível diante do caso concreto, introduzir às regras uma cláusula de exceção. Quando isto ocorre, segundo ALEXY, a regra perde seu caráter definitivo em prol da decisão do caso, e pode se sustentar seu caráter *prima facie*. Todavia esse caráter *prima facie* das regras se distingue do caráter *prima facie* próprio dos princípios. Estes (os princípios) não contêm mandados definitivos, mas somente *prima facie*, pois eles carecem de conteúdo de determinação com respeito aos princípios contrapostos e às possibilidades jurídicas. As regras, por outro lado, exigem que se faça o que elas ordenam.¹⁵⁴ É de se concluir pois que o caráter *prima facie* das regras, mesmo diante das cláusulas de exceção, é essencialmente mais forte do que o dos princípios.

ALEXY afirma que a distinção entre princípios e regras se mostra clara nas hipóteses de colisão de princípios e conflitos de regras. O traço comum entre regras e

¹⁵³ ALEXY, op. cit., p. 86

¹⁵⁴ Ibid., p. 99

princípios é o de que “aplicados independentemente conduzem a resultados incompatíveis, ou seja, a dois juízos de dever ser jurídico contraditórios”¹⁵⁵.

Para ALEXY, ocorrendo conflito entre regras, só há duas maneiras de resolvê-lo. Ou se introduz uma cláusula de exceção que elimina o conflito ou se declara inválida, ao menos, uma das regras, conforme já visto no item 12.1.¹⁵⁶

12.2 A polêmica entre VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA e HUMBERTO ÁVILA sobre a teoria dos princípios

12.2.1 HUMBERTO ÁVILA

HUMBERTO ÁVILA, inicialmente através de um artigo publicado na Revista de Direito Administrativo¹⁵⁷, e posteriormente desenvolvido em sua obra “Teoria dos Princípios”, propôs-se a discutir (e criticar) a teoria da distinção entre princípios e regras, tal como proposta por RONALD DWORKIN e principalmente por ROBERT ALEXY.

ÁVILA discorda basicamente de dois pontos das teorias (que conforme já exposto, aliás, não são idênticas, inclusive divergindo entre si): a) não concorda que haja distinção qualitativa entre os princípios e as regras, mas sim mera distinção no grau de abstração. b) também em relação às regras, tal qual como nos princípios é possível se fazer juízo de ponderação.

ÁVILA, portanto, critica os vários critérios adotados para distinguir princípios de regras, porém fixa sua crítica nas posições de DWORKIN e ALEXY.

Sobre o critério do modo final de aplicação, HUMBERTO ÁVILA afirma que ao contrário do que afirmam DWORKIN e ALEXY, não é correto afirmar que as regras são aplicadas de modo absoluto (tudo ou nada) e os princípios de modo mais ou menos. Suas críticas a esse critério distintivo se localizam na imprecisão sobre o passo final para a

¹⁵⁵ ALEXY, op. cit. p. 87

¹⁵⁶ Ibid. p. 88

descoberta do conteúdo normativo e, em segundo lugar, pelo entendimento de que muitas vezes o caráter absoluto da regra é completamente modificado depois da consideração de todas as circunstâncias do caso. Essa obrigação dita absoluta, não impede que outras razões contrárias venham a se sobrepor em determinados casos. Exemplifica o fato de uma prefeita e ter contratado por nove meses um gari para prestar serviços de limpeza, descumprindo assim a regra do art. 37 II que exige a realização de concurso público para ingresso na carreira. Entendeu o Supremo Tribunal Federal não existir no caso concreto prejuízo ao município, indicando, inclusive, a falta de razoabilidade para a realização de um concurso público para contratar apenas um funcionário. Para ÁVILA a leitura dessa decisão é a seguinte: “o patrimônio público não deixaria de estar protegido pela contratação de um gari por tempo determinado”¹⁵⁸.

Noutro sentido, ÁVILA critica a critério do modo final de aplicação sustentando que não são os princípios que são aplicados de forma gradual, mais ou menos, mas é o Estado de coisas que pode ser mais ou menos aproximado, dependendo da conduta adotada como meio.

O ponto decisivo para ÁVILA não é, portanto, o suposto caráter absoluto das obrigações estatuídas pela regra, mas o modo como as razões que impõe a implementação das suas conseqüências podem ser validamente ultrapassadas.¹⁵⁹

Seguindo nessa trilha, ÁVILA critica a distinção em razão do conflito normativo. Para ele, a ponderação não é método privativo da aplicação dos princípios. As regras também podem exigir ponderação. Dá como exemplo dois casos. O primeiro é referente ao preceito ético dos médicos que os obriga a dizer a verdade ao paciente. Numa hipótese em que essa revelação poderia colocar em risco a vida do paciente, tal regra deveria ser ponderada com o

¹⁵⁷ ÁVILA, Humberto. Revista de Direito Administrativo, nº 215 (1999), p. 151-179

¹⁵⁸ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 37,38

¹⁵⁹ Ibid, , p. 39

direito à vida. O segundo exemplo é sobre a regra da velocidade máxima no trânsito que gera multa para quem a desobedecer. Mas, na hipótese de se ter a de um motorista de táxi conduzindo um paciente gravemente ferido, também se reclama o uso do juízo de ponderação.

Diz então ÁVILA:

O relacionamento entre regras gerais e excepcionais e entre princípios que se imbricam não difere quanto à existência da ponderação de razões, mas, isto sim – quanto à intensidade da contribuição institucional do aplicador na determinação concreta dessa relação entre regras gerais e regras excepcionais e o aplicador – porque as hipóteses normativas estão entremostradas pelo significado preliminar do dispositivo, em razão do elemento descritivo das regras – possui menor e diferente âmbito de apreciação, já que deve delimitar o conteúdo normativo da hipótese e enquanto esse for compatível com a finalidade que a sustenta; no caso de imbricamento entre princípios o aplicador – porque, em vez de descrição, há o estabelecimento de um estado de coisas a ser buscado – possui maior espaço de apreciação, na medida em que deve delimitar o comportamento necessário à realização ou preservação do estado de coisas.¹⁶⁰

ÁVILA então busca outras propostas, axiológicas, quanto ao grau de abstração, finalísticos, até chegar a sua concepção da diferença entre princípios e regras.

Textualmente extrai-se as seguintes conclusões de ÁVILA acerca das regras e dos princípios:

As regras são normas imediatamente descritivas, primariamente retrospectivas e com pretensão de dedicabilidade e abrangência, para cuja aplicação se exige a avaliação da correspondência, sempre centrada na finalidade que lhes dá suporte ou nos princípios que lhes são axiologicamente sobrejacentes, entre a construção conceitual da descrição normativa e a construção conceitual dos fatos.

Os princípios são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementariedade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção”¹⁶¹.

¹⁶⁰ ÁVILA, 2003, op. cit. p. 47-48

¹⁶¹ Ibid., p. 70

12.2.4 VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA

Em artigo publicado em junho de 2003 na Revista Latino/Americana de Estudos Constitucionais, VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA, tece críticas aos autores nacionais e as fez em especial a HUMBERTO ÁVILA, quanto ao manejo pela doutrina brasileira dos conceitos de princípios e regras apresentados principalmente por ALEXY, com quem estudou na Alemanha.

Inicialmente, VIRGILIO DA SILVA afirma que o conceito de princípio utilizado no Brasil, difere em muito do utilizado por ALEXY.

Conforme já expressei neste trabalho, o conceito dos nossos doutrinadores, bem como o dos marcos teóricos portugueses (GOMES CANOTILHO e JORGE MIRANDA) leva-me a entendimentos de que princípios são mandamentos nucleares ou núcleos de condensações. Para pontuar VIRGILIO DA SILVA aponta diversas citações de autores, nomeadamente CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO, JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO, VITAL MOREIRA, JORGE MIRANDA, LUIS ROBERTO BARROSO e RUY SAMUEL ESPÍNDOLA entre outros.¹⁶²

Sua principal crítica se pauta na inobservância de que na teoria de Robert ALEXY, o conceito de princípio “é um conceito axiologicamente neutro e seu uso não expressa nenhuma opção por essa ou por aquela disposição fundamental, nem por este ou por aquele tipo de Constituição”.¹⁶³

Especificamente quanto à ÁVILA, VIRGILIO DA SILVA tece as seguintes considerações: ÁVILA foi impreciso ao trabalhar com a expressão “tudo ou nada” como sinônimo de “imediatidade”, como também desconsiderou a distinção entre texto e norma¹⁶⁴.

¹⁶² SILVA, Virgílio Afonso da. **Princípios, mitos e equívocos acerca de uma distinção**. Revista Latino Americana de Estudos Constitucionais, n. 01 jan/jun 2003. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 614.

¹⁶³ Ibid p. 615.

¹⁶⁴ Ibid. p. 617 et. seq.

(Embora ÁVILA tenha tratado de tal distinção em outro ponto do artigo utilizado para a análise por VIRGÍLIO, este o abandonou a seu favor, para apresentar as críticas que fez). Em não procedendo a essa distinção, ÁVILA, ao falar de ponderação de regras está, na verdade, falando de interpretação para verificar se após o texto se transformar em dispositivo (norma), ainda necessitará de sopesamento (ponderação). Portanto, para VIRGÍLIO DA SILVA, permanece a idéia de ponderação para os princípios colidentes e de aplicação no tudo ou nada para as regras.

Outra crítica de VIRGÍLIO DA SILVA à ÁVILA é a de não levou em conta que em seus exemplos (do trânsito, do médico) o que se estava ponderando eram princípios e não regras. Portanto, ainda segundo VIRGÍLIO, permanece o caráter *prima facie* dos princípios e o dever definitivo próprio das regras.

VIRGÍLIO DA SILVA descarta, por fim, a crítica de ÁVILA de que os princípios podem ser cumpridos integralmente como as regras. Para tanto cita a regra de colisão de ALEXY, lembrando que sob circunstâncias diversas, esse cumprimento integral pode ser parcelado ou até abandonado em favor de outro princípio mais racionalmente adequado ao caso concreto.

Encerra pois VIRGÍLIO DA SILVA, após rebater todas as críticas de ÁVILA, quanto ao problema do sincretismo utilizado pela doutrina brasileira, acomodando a teoria dos princípios e regras exposta por ALEXY, por um conteúdo finalístico e axiológico que não está presente naquelas teorias.¹⁶⁵

A partir da leitura feita intencionalmente sobre quatro autores específicos, ou seja ROBERT ALEXY, RONALD DWORKIN, HUMBERTO ÁVILA E VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA, conclui-se que não há como refutar a mudança de paradigmas na doutrina

¹⁶⁵ SILVA, V.A, op. cit., p. 626.

constitucional brasileira, a partir da popularização da idéia de divisão das normas em princípios e regras.

Isso se dá também num momento de transformação e superação das idéias conservadoras acerca dos direitos fundamentais.

Num país em que as normas constitucionais que tratam dos direitos fundamentais são apresentadas tanto como princípios como através de regras, o entendimento desta distinção importa para um passo maior que é a sua concretização, como documento de efetividade jurídica e social.

Tem alguma razão VIRGILIO DA SILVA quando se preocupa com a utilização inadequada de conceitos elaborados e complexos. A simplificação pode levar ao descrédito e, principalmente, ao desuso. Todavia é preocupante essa sua aversão a possibilidade de uma adaptação das teorias estrangeiras à realidade brasileira, algo não só desejável como necessário. As realidades dos casos difíceis enfrentados pelos doutrinadores europeus e norte-americanos, em muito distam da realidade dos países subdesenvolvidos ou em desenvolvimento, como é o caso brasileiro.

Pressupostos como neutralidade axiológica podem funcionar a contento em realidades distintas como aquelas em que a Administração Pública prima pela boa-fé, ou ainda em que não há escassez de recursos para a realização dos direitos fundamentais (como os de cunho social prestacional).

A eleição de princípios fundamentais essenciais, ou mesmo a discussão do cumprimento de um mínimo vital, deveria estar aliada ao debate filosófico tão bem trazido por VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA.

Destaque-se no trabalho de ÁVILA, a despeito da preferência pelo posicionamento às opiniões de VIRGÍLIO DA SILVA quanto as principais críticas, o tratamento da

proporcionalidade em sentido estrito, da razoabilidade e outros instrumentos como postulados para a concretização dos princípios (e segundo ele, também das regras).

Como se verá a seguir, a presente pesquisa centra-se na normatividade da Constituição e seus direitos fundamentais, mais precisamente os direitos de cunho prestacional, de natureza social e considerado mediante seu caráter principiológico, de normas que reclamam uma interpretação especificamente constitucional.

13 Interpretação e concretização constitucional

A interpretação legal é responsável pela criação da norma e sua evolução. Toda lei enseja interpretação, e o processo hermenêutico tem, sem dúvida, relevância superior ao próprio processo de elaboração legislativa, uma vez que será através da interpretação da lei que esta será aplicada e inserida dentro de um contexto fático específico, sendo adequada a toda uma realidade histórica e aos valores dela resultantes.

A simplificação dos processos de aplicação da lei à realidade social são decorrentes de práticas autoritárias e burocráticas onde a vontade do administrador e os atos administrativos por ele praticados, têm, por vezes, maior importância do que a vontade constitucional.

Neste sentido, uma passagem importante do livro de José Lamego, "Hermenêutica e Jurisprudência", deve ser destacada:

A hermenêutica rompe o hermetismo do universo dos signos, abrindo o texto e o discurso ao 'mundo'. Para a Hermenêutica, o interprete não 'descodifica' apenas um sistema de signos, mas 'interpreta' um texto. Subjacente a este conjunto de idéias está a rejeição pela Hermenêutica de uma concepção de linguagem com função meramente instrumental - a linguagem como 'signo' ou mera 'forma simbólica' - considerando-a, ao invés, como uma 'instituição social' complexa. As expressões têm sentido apenas no contexto dos distintos jogos de linguagem, que são complexos de discurso e de acção. A aprendizagem de uma linguagem 'natural' implica a participação em práticas e a comparticipação de critérios que regem o seu desempenho. A 'gramática' da linguagem só poderá ser elucidada de 'dentro', a partir do conhecimento das regras constitutivas do 'jogo' e não mediante apelo a metalinguagens.¹⁶⁶

¹⁶⁶ LAMEGO, José. **Hermenêutica e jurisprudência**. Lisboa: Fragmentos, 1990, p. 181.

Para GADAMER, a interpretação do texto equivale a um diálogo entre o autor e o intérprete sobre aquilo que no texto é mencionado. Nesse diálogo o intérprete apropria-se do discurso expresso no texto e prossegue a elaboração intelectual do objecto feita pelo autor. Ao retomar a noção da hermenêutica de *applicatio*, GADAMER tem em vista a interpretação que constitui um aditamento de sentido: “todo o acto de interpretação constitui um aditamento de sentido ao texto.”¹⁶⁷

O processo de interpretação de texto requer do intérprete conhecimento de todo sistema constitucional; sua interpretação diante de uma dada realidade histórica; uma leitura do dispositivo legal objeto de interpretação dentro de uma leitura sistemática do seu texto, inserida no ordenamento jurídico infraconstitucional e no ordenamento constitucional.¹⁶⁸

Todavia, como o presente trabalho defende que a constituição deve ser interpretada visando sua concretização, não se contenta com os clássicos métodos herdados do estudo de SAVIGNY. Embora deles não prescindam os comandos constitucionais diretos, geralmente voltados à organização do Estado e aos direitos individuais de primeira geração (dimensão), quando falamos em direitos sociais e mais ainda das chamadas ‘normas programáticas’, a concretização destes reclama uma nova hermenêutica constitucional.

KONRAD HESSE e FRIEDRICH MULLER entre outros são alguns dos principais defensores dessa interpretação construtiva, como se verá adiante.

Também PETER HABERLE tem posição de destaque ao ofertar a idéia de uma interpretação aberta e pluralista, com inúmeros intérpretes.

Antes, porém, não se pode deixar de analisar os métodos ofertados pela tradicional hermenêutica jurídica e constitucional.

¹⁶⁷ LAMEGO, op. cit., p. 251

¹⁶⁸ CANARIS, Claus Willtm. **Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenhian, 1989.

13.1 Método Clássico de Interpretação

Segundo FORSTHOFF a interpretação constitucional reivindica o mesmo método hermenêutico de interpretação das leis ordinárias desenvolvido por SAVIGNY (fundador da Escola Histórica do Direito), em sua obra “Sistema”, de 1840, que engloba o método gramatical, sistemático e histórico. Posteriormente, foi acrescentado também o método teleológico, fechando o catálogo dos elementos clássicos para interpretação jurídica.¹⁶⁹

Os elementos clássicos de SAVIGNY, defendidos por FORSTHOFF, para a interpretação também das normas constitucionais mesmo se mostrando insuficientes, serão analisados de forma sucinta:

13.1.1 A interpretação gramatical

Também conhecida como interpretação textual, literal, semântica ou filológica, funda-se em princípios de lingüística. KARL LARENZ, citado por LUÍS ROBERTO BARROSO diz que tal método “consiste na compreensão do sentido possível das palavras, servindo este sentido como limite da própria interpretação.”¹⁷⁰

Alguns dispositivos constitucionais realmente não reclamam do intérprete mais do que a acurada leitura da letra e do sentido evidente do texto. Como, por exemplo, nos dispositivos que cuidam da composição e funcionamento de órgãos estatais.

Mas há, por outro lado, neste tipo de interpretação, há o enorme risco de o intérprete cometer abusos idiossincráticos, e até mesmo fraudes.

¹⁶⁹ Ver nesse sentido BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição**. São Paulo. Editora Saraiva. 1996, pp. 97 e ss.

¹⁷⁰ LARENZ, Karl. apud BARROSO, op.cit., p. 119.

Por isso, é freqüente o Supremo Tribunal Federal estigmatizar o uso do método gramatical, por gerar iniquidades.¹⁷¹

13.1.2 A interpretação histórica

O processo histórico pauta-se na busca dos antecedentes históricos da norma. Os trabalhos de feitura do projeto de lei, a justificação, a exposição de motivos, discussão, emendas, aprovação e as condições culturais e psicológicas que resultaram na elaboração da lei são fatores sopesados na análise historiológica do processo legislativo, propiciando uma fonte interpretativa.¹⁷²

O prestígio da interpretação histórica está restrito aos países que adotam a *common law*, sendo minimizado o seu uso no sistema romano-germânico, chegando Geraldo Ataliba, citado por Barroso a afirmar que “...o jurista sabe que a eventual intenção do legislador nada vale (ou não vale nada) para a interpretação jurídica.(...)”¹⁷³

ANNA CÂNDIDA DA CUNHA FERRAZ, pensa de forma diversa, apontando a importância da interpretação histórica para o texto constitucional, maior inclusive que para as normas infraconstitucionais, afirmando que:

A diferença entre a utilização do elemento histórico ou teleológico na interpretação constitucional e nas leis em geral reside em especial que, na interpretação constitucional e, não se limita o intérprete a analisar o conteúdo aparentemente cristalizado na norma. Procuram-se sobretudo, os substratos histórico, político, ideológico, que estão na origem da Constituição ou que defluem da norma, mas que não são totalmente captados ou traduzidos no plano normado. (...) Assumem assim os critérios histórico e teleológico, na interpretação constitucional, particular relevo, em razão da especificidade da matéria constitucional.¹⁷⁴

¹⁷¹ BARROSO, op.cit. p. 120

¹⁷² BULOS, Uadi Lammêgo. **Manual de interpretação constitucional**. São Paulo. Editora Saraiva, 1997, p. 23

¹⁷³ ATALIBA, Geraldo, apud BARROSO, nota 107, p. 125

De qualquer forma, mesmo entendendo que possa existir alguma importância para a interpretação no método histórico, é preciso conduzir a interpretação que o utiliza, com o máximo cuidado, para não tornar o intérprete prisioneiro do constituinte originário.

Neste trabalho, como se defende a constituição como espaço de luta e consecução dos direitos fundamentais, vê-se a interpretação histórica como mais um dado, mas de plano insuficiente para os novos objetivos da hermenêutica constitucional.

13.1.3- Interpretação Sistemática

Através da técnica sistemática de interpretação, pode-se analisar uma norma constitucional dentro do contexto normativo geral e particular da Constituição, estabelecendo as conexões internas que enlaçam as instituições e as normas jurídicas.

Trata-se de técnica compatível com os propósitos relativos à apreensão do conteúdo, do sentido, da determinabilidade conceitual, das fórmulas gerais e elásticas, breves e esquemáticas, próprias daqueles termos vagos e ambíguos da Constituição.¹⁷⁵

Conforme apontado por Barroso, a interpretação sistemática goza de grande prestígio na jurisprudência em geral, sendo freqüentemente invocada nos tribunais.¹⁷⁶

Se é certo que colmatamos as lacunas infraconstitucionais, através do método sistemático, o mesmo não se aplica em relação as normas constitucionais, que reclamam métodos mais apurados de interpretação, com será visto.

¹⁷⁴ FERRAZ, Anna Candida da Cunha. **Processos informais de mudança da constituição**. São Paulo. Max Limonad. 1986, p. 42.

¹⁷⁵ BULOS, op.cit.,p.35

13.1.4 – Interpretação Teleológica

Diz respeito a interpretação que visa identificar a finalidade da norma, o valor ou bem jurídico visado pelo ordenamento com a edição daquele preceito.¹⁷⁷

O Código Civil Espanhol em seu art. 3.1 do Título Preliminar, conforme citado por Barroso, traz que “As normas devem ser aplicadas atendendo, fundamentalmente, ao seu espírito e à sua finalidade”.¹⁷⁸

Ao lado do método sistemático, é outro que seduz o intérprete brasileiro, notadamente do Supremo Tribunal Federal.

Nesse sentido o ex-ministro Eduardo Espíndola do Supremo Tribunal Federal, assim relata:

O uso do método teleológico – busca do fim – pode ensejar transformação do sentido e conteúdo que parece emergem da fórmula do texto, e também pode acarretar a inevitável consequência de, convencendo que tal fórmula traiu, realmente, a finalidade da lei, impor uma modificação do texto, que se terá de admitir com o máximo de circunspeção e de moderação para dar estrita satisfação à imperiosa necessidade de atender ao fim social próprio da lei.¹⁷⁹

Pelos mesmos motivos já reportados em relação à interpretação sistemática, entende-se aqui, a insuficiência do método teleológico, para uma interpretação concretista dos direitos fundamentais, embora se reconheça, ao lado de Barroso, sua importância, afirmada no art. 3º da Constituição Federal, que explicita as finalidades da República Federativa do Brasil, finalidades que devem ser observadas na interpretação por parte de todos os órgãos públicos.

¹⁷⁶ BARROSO, op. cit. p. 129

¹⁷⁷ Ibid. op.cit. p. 130

¹⁷⁸ Ibid., p. 131

13.2 A superação do método convencional

VIEIRA DE ANDRADE¹⁸⁰, identifica duas grandes tendências de superação do método convencional de SAVIGNY:

I) o método tópico problemático

que parte da recusa de pré-juízos doutrinários (...) e propõe a descoberta, nas circunstâncias específicas do caso, da solução jurídica mais razoável de entre as várias possíveis. A razoabilidade dessa solução seria determinada por processos lógicos de argumentação, no qual deveriam ser tomados em conta todos os ‘pontos de vista relevantes’.¹⁸¹

II) as teorias dos valores

são as que procuram encontrar as soluções jurídico-constitucionais a partir do sistema de valores da comunidade, de que os direitos fundamentais são manifestações explícitas ou implícitas no texto constitucional. (...) Assim, as teorias dos valores procuram referir-se hoje cada vez mais às normas constitucionais, onde vão buscar arrimo para as construções sistemáticas, ao mesmo tempo que se afastam da ordem transpositiva perfeita do jusnaturalismo racionalista.¹⁸²

13.2.1 - A proposta de PETER HABERLE para uma Interpretação Pluralista e Aberta da Constituição.

Peter HABERLE, através de sua obra “Hermenêutica Constitucional – A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: Contribuição Para a Interpretação Pluralista e ‘Procedimental’ da Constituição, traduzida no Brasil por Gilmar Ferreira Mendes, propõe

¹⁷⁹ FERRAZ. op.cit.,p. 131

¹⁸⁰ ANDRADE, op.cit., p. 122 et. seq.

¹⁸¹ Ibid. p. 123

¹⁸² ANDRADE. op.cit.,p. 122

um processo de interpretação constitucional que envolva todas “as potências públicas participantes materiais do processo social”.¹⁸³

Nesse sentido HABERLE entende que a interpretação é feita por todos os atores sociais (a expressão não é de HABERLE) que vivem a norma, mesmo que de forma inconsciente, implicando numa “interpretação constitucional antecipada”.¹⁸⁴

Os participantes desse processo de interpretação foram catalogados por PETER HABERLE, numa tentativa de sistematizar os intérpretes:

“ (1) as funções estatais:

- a) na decisão vinculante (da Corte Constitucional): decisão vinculante que é relativizada mediante voto vencido;
- b) nos órgão estatais com poder de decisão vinculante, submetidos, todavia, a um processo de revisão: jurisdição, órgão legislativo (submetido a controle em consonância com objeto da atividade): órgão do Executivo, especialmente na (pré) formulação do interesse público;
- (2) os participantes do processo de decisão nos casos 1a e 1b, que não são necessariamente, órgãos do Estado, isto é:
 - a) o requerente ou recorrente e o requerido ou recorrido, no recurso constitucional (Verfassungsbeschwerde) autor e réu, em suma, aqueles que justificam a sua pretensão e obrigam o Tribunal a tomar uma posição ou a assumir um “diálogo jurídico” (“Rechtsgesprach”);
 - b) outros participantes do processo, ou seja, aqueles que têm direito de manifestação ou de integração à lide, nos termos da Lei Orgânica da Corte Constitucional (...), ou que são, eventualmente, convocados pela própria Corte Constitucional (...);
 - c) pareceristas ou experts, tal como se verifica nas Comissões Especiais de Estudos ou de Investigação (...);
 - d) peritos e representantes de interesses nas audiências públicas do Parlamento (...), peritos nos Tribunais, associações, partidos políticos (frações parlamentares), que atuam sobretudo, mediante a “longa manus” da eleição de juízes (...);
 - e) os grupos de pressão organizados (...);
 - f) os requerentes ou partes nos procedimentos administrativos de caráter participativo;

¹⁸³ HABERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição. Contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da constituição.** Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1997, p. 13.

¹⁸⁴ HABERLE, op.cit., p. 14.

- (3) a opinião pública democrática e pluralista e o processo político como grandes estimuladores: mídia (imprensa, rádio, televisão, que, em seu sentido estrito, não são participantes do processo, o jornalismo profissional, de um lado, a expectativa de leitores, as cartas de leitores, de outro, as iniciativas dos cidadãos, as associações, os partidos políticos fora do seu âmbito de atuação organizada (...) igrejas, teatros, editoras, as escolas da comunidade, os pedagogos, as associações de pais;
- (4) cumpre esclarecer ainda o papel da doutrina constitucional nos nºs 1, 2 e 3; ela tem um papel essencial por tematizar a participação de outras forças e ao mesmo tempo, participar nos diversos níveis.”¹⁸⁵

Conforme se depreende do rol de intérpretes apresentados por HABERLE, verifica-se que “a interpretação não é um evento exclusivamente estatal”¹⁸⁶

De qualquer maneira os Tribunais continuam com sua jurisdição constitucional, como intérpretes finais, mas a abertura da interpretação é um dado, salientando-se que em muitos casos, sequer o Tribunal chega a interpretar determinado preceito – pois a ele (Tribunal) não foi levado à análise.

Lembra ainda HABERLE, sobre o papel dos Juízes na interpretação, afirmando que os mesmos embora vinculados judicialmente à lei e terem independência pessoal e funcional, não podem esconder o fato que, a interpretação da Constituição pelos Juízes, se faz na esfera pública e na realidade.¹⁸⁷

Por outro lado, essas influências, expectativas, as obrigações a que os juízes estão submetidos não podem, segundo HABERLE, serem vistas tão somente como uma ameaça à sua (dos juízes) independência. Há, nessas influências, uma parte de legitimação, que evita o livre arbítrio da interpretação judicial.

Diante da teoria da legitimação pluralista para a interpretação, formulada por HABERLE, o papel dos demais intérpretes não estatais, acaba por fornecer o material necessário, não só para o legislador, mas para o próprio intérprete constitucional.

¹⁸⁵ HABERLE, op. cit., p. 21-23.

13.3 Interpretação Constitucional Concretizadora

Outras formas de interpretação buscam mesclar os diversos métodos hermenêuticos, tentando garantir a segurança e a força normativa da Constituição. São as teorias concretizadoras.

Se as normas constitucionais, como já foi dito, possuem um caráter indeterminado, por vários motivos – inclusive propositadamente – a interpretação há que ser criadora, concretizadora. O problema está nos limites dessa concretização.

Entre as teorias concretizadoras está a que adota os princípios de interpretação constitucional como critérios normativos de decisão dentro dos limites do texto. Esta teoria tem como expoente KONRAD HESSE.

Para HESSE a interpretação constitucional é uma concretização, na qual se admite que o intérprete, onde houver obscuridade, determine o conteúdo material da Constituição¹⁸⁶.

O teor da norma só se completaria no ato interpretativo. Seu método concretista tem três elementos básicos: a norma que vai se concretizar, a compreensão prévia do intérprete e o problema concreto a resolver.¹⁸⁷

Já a teoria encampada por FRIEDRICH MULLER que utiliza o método normativo-estrutural, na qual o conceito de norma envolve a concepção de programa da norma e domínio (área) de norma como elementos da estrutura da normatividade jurídica,

¹⁸⁶ HABERLE, op.cit., p. 23

¹⁸⁷ Ibid., p. 31

¹⁸⁸ Apud BONAVIDES, op.cit.,p. 439

¹⁸⁹ Ibid p. 440

o produto racional do processo de elaboração substancial feito pelo intérprete, possibilita alcançar a chamada “norma de decisão”, para a solução dos casos jurídicos concretos.¹⁹⁰

Para a teoria de MULLER, a concretização ou realização do conteúdo de uma norma constitucional tem como pressuposto necessário a incorporação das circunstâncias da realidade previstas no seu comando.

13.3.1 Princípios de Interpretação Especificamente Constitucional (BARROSO)

LUÍS ROBERTO BARROSO¹⁹¹, traz um catálogo de princípios que serviriam de orientação para interpretar normas constitucionais.

a) Princípio da supremacia da Constituição. – Diz que “Toda interpretação constitucional se assenta no pressuposto da superioridade jurídica da Constituição sobre os demais atos normativos no âmbito do Estado.”¹⁹² Segundo GARCIA DE ENTRERRÍA¹⁹³, a Constituição não é somente uma norma, mas precisamente a primeira das normas do ordenamento inteiro, a norma fundamental, *lex superior*.

b) Princípio da presunção da constitucionalidade das leis e dos atos do Poder Público – presunção ‘iuris tantum’ feita em nome do princípio da separação dos poderes, “que pode ser infirmada pela declaração em sentido contrário por órgão jurisdicional competente”.¹⁹⁴

¹⁹⁰ MULLER, Friedrich. **Direito linguagem violência. Elementos de uma teoria constitucional**. Trad. Peter Naumann. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1995., p. 42-44

¹⁹¹ BARROSO, op. cit., p. 141-244.

¹⁹² Ibid., p. 150.

¹⁹³ ENTRERRÍA, op. cit., p. 49.

¹⁹⁴ BARROSO, op. cit., p. 164.

c) Princípio da interpretação conforme a Constituição – implica em verificar dentro da própria ordem constitucional se existe entre as interpretações plausíveis e alternativas, alguma que permita a compatibilização da norma interpretada com a Constituição. “Trata-se da escolha de uma interpretação da norma legal que a mantenha em harmonia com a Constituição, em meio a outras possibilidades interpretativas que o preceito admita.”;¹⁹⁵ Este princípio é decisivo na construção da linha de pensamento do presente trabalho. A interpretação das normas integradoras não pode ser dissociada da norma fundamental expressa na constituição. Ao se aceitar o princípio da supremacia da constituição como descrito no tópico “a” desta classificação, há que se concordar também que essa supremacia deságua na vinculação de todo o ordenamento jurídico. A esse respeito é importante a lição de ENTERRÍA, para quem

a supremacia da Constituição sobre todas as normas e seu caráter central na construção e na validade do ordenamento em seu conjunto, obrigam a interpretar este em qualquer momento de sua aplicação- (...)no sentido que resulte dos princípios e regras constitucionais, tanto os gerais como os específicos referentes a matéria de que se trate¹⁹⁶.

d) Princípio da unidade da constituição – segundo o qual inexiste hierarquia jurídico-formal entre as normas constitucionais, devendo o intérprete considerá-las harmonicamente, solucionando eventuais conflitos;¹⁹⁷

e) Princípios da razoabilidade e da proporcionalidade – a interpretação há que considerar a razoabilidade e a proporcionalidade dos atos do poder público, a fim de evitar o arbítrio por parte deste.

f) Princípio da efetividade – deve o intérprete buscar a máxima efetividade possível à norma constitucional. Também conhecido como princípio da máxima efetividade, vem ganhando corpo a partir da busca da concretização das normas constitucionais, ou seja, do entendimento de que a constituição é o documento maior de emancipação de uma

¹⁹⁵ BARROSO., op. cit., p. 175.

¹⁹⁶ ENTERRÍA, op. cit. p. 95.

sociedade, mormente quando se trata de sociedades com graves problemas de desenvolvimento social.

A proposta de sistematizar alguns princípios de interpretação especificamente constitucional, marca uma ruptura com o modelo clássico de interpretação, o que permite avançar na concretização dos direitos fundamentais. É necessário ressaltar que o que se entende aqui como ruptura, não é a simples negação do modelo anterior, nem tampouco o abandono dos métodos de interpretação da escola histórica de Savigny.

A superação implica em um aprimoramento dos métodos já existentes, com o estudo de novas possibilidades para dar efetividade aos direitos fundamentais, notadamente os de cunho social.

13.4 O juízo de ponderação

A ponderação é possível sempre que se tratar de normas de caráter principiológico. E, por seu turno esse caráter principiológico é inerente as normas de Direito Fundamental, embora não seja o único modelo estrutural para catalogá-las.¹⁹⁸

No seu livro “O Princípio da Proporcionalidade e o Controle de Constitucionalidade das Leis Restritivas de Direitos Fundamentais”, a professora SUZANA DE TOLEDO BARROS expõe, baseada na construção de RONALD DWORKIN e também de ROBERT ALEXYY, sobre o caráter dúplice das normas de direito fundamental:

A partir deste enfoque, é possível asseverar que a nossa Constituição não optou por modelo estrutural único para as normas de direitos fundamentais. No texto da Carta Política de 1988, estas são dispostas tanto em forma de princípios – o da liberdade de profissão, do juiz natural, da presunção de inocência, da ampla defesa, da igualdade, etc – como em forma de regras, v.g., a obrigatoriedade de relaxamento da

¹⁹⁷ MORO op.cit., p. 32

¹⁹⁸ Cf. BARROS, op. cit., p. 156

prisão ilegal ou a admissão de ação penal privada em caso de omissão do Ministério Público no prazo legal.

A conclusão é que o caráter principiológico, ínsito nas normas de direitos fundamentais, mostra que a solução do conflito entre essas normas deve se resolver através da aplicação do princípio da proporcionalidade em sentido estrito (proporcionalidade).

Ainda não se olvida a importância dos demais subprincípios (da necessidade e da adequação), vez que se busca a otimização não apenas das situações jurídicas, mas também a das situações fáticas.¹⁹⁹

A busca da otimização da aplicação dos direitos fundamentais é o corolário para a aplicação do princípio da proporcionalidade, ancorado em todos os seus subprincípios, fazendo com que no caso concreto, esta aplicação se dê de forma que um argumento não venha a invalidar o outro.

13.4.1 O princípio da proporcionalidade em sentido amplo – (princípio da proibição do excesso)

O princípio da proporcionalidade, também conhecido como princípio da proibição de excesso, nasceu ligado à necessidade de se limitar o poder executivo no século XVIII. Compreendia, nessa época, as áreas administrativa e penal. Já no século XIX, foi introduzido, como princípio geral do direito de polícia.²⁰⁰

Sua decorrência se daria, ora em relação ao Estado de Direito, ora do princípio do devido processo legal ou, como será tratado, dos direitos fundamentais.

No século XX este princípio começou a povoar as Constituições Ocidentais, tais como a alemã do início do século e, expressamente como a Constituição Portuguesa de 1976

¹⁹⁹ BARROS, op. cit. p. 156.

²⁰⁰ CANOTILHO, 1993, op. cit. p. 382

que no seu art. 18 § 2º expõe: “a lei só pode restringir direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos e/ou interesses constitucionalmente protegidos.”

CANOTILHO adiante qualifica o princípio da proibição do excesso como um subprincípio densificador do Estado Democrático. “ O princípio da proibição do excesso (ou da proporcionalidade em sentido amplo) consagrado na parte final do art. 18º/2, impõe um limite constitucional à liberdade de conformação do legislador.”²⁰¹

RAQUEL DENIZE STUMM identifica como caráter diferenciador no princípio da proibição do excesso e o da proporcionalidade em sentido estrito, justamente a exigência da análise da relação de meios e fins. “A expressão proibição do excesso, continua STUMM, é aplicável no âmbito legislativo, onde suscita o problema do espaço de decisão dos órgãos legiferantes (Canotilho, 1982, p. 198), questionando a adequação dos atos legislativos aos fins expressos ou implícitos das normas constitucionais.”²⁰²

A proporcionalidade engloba para sua aplicação outros três princípios, assim descritos:

- a) exigência da **adequação** da medida restritiva na própria lei;
- b) **necessidade** da restrição para garantir a efetividade do direito;
- c) **proporcionalidade em sentido estrito**, pela qual se pondera a relação entre a carga da restrição e o resultado.²⁰³

Analisar-se-á, os dois primeiros subprincípios de forma mais sucinta, para deter-se no princípio da proporcionalidade em sentido estrito, o que se faz por mera opção metodológica, sem negar a importância daqueles.

²⁰¹ CANOTILHO, 1993, op. cit. , p. 617

²⁰² STUMM, Raquel Denize. **Princípio da proporcionalidade no direito constitucional brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995, p. 79

²⁰³ BARROS, op.cit. p. 17,

13.4.2 Princípio da Adequação dos Meios

Também chamado de princípio da conformidade, pretende, conforme CANOTILHO “salientar que a medida adoptada para a realização do interesse público deve ser apropriada para a prossecução do fim ou fins a ele subjacentes. Trata-se pois de controlar a relação de adequação medida-fim.”²⁰⁴

13.4.3 Princípio da Necessidade

Busca invadir a esfera de liberdade do indivíduo o menos possível. É o entendimento do Tribunal Constitucional Alemão que formulou a seguinte máxima: “o fim não pode ser atingido de outra maneira que afete menos ao indivíduo”.²⁰⁵

CANOTILHO estabelece elementos, que segundo ele, conduzem a uma maior operacionalidade prática desse princípio:

“a) a necessidade material, pois o meio deve ser o mais ‘poupado’ possível quanto à limitação dos direitos fundamentais. b) a exigibilidade espacial aponta para a necessidade de limitar o âmbito da intervenção; c) a exigibilidade temporal pressupõe a rigorosa delimitação no tempo da medida coactiva do poder público; d) a exigibilidade pessoal significa que a medida se deve limitar à pessoa ou pessoas, cujos interesses devem ser sacrificados.”²⁰⁶

13.4.4 - Princípio da proporcionalidade em sentido estrito

Subprincípio decorrente do princípio da proporcionalidade que, por sua vez, é a aplicação do princípio da Concordância Prática. O princípio da proporcionalidade em sentido estrito é o qual busca a proporção entre o objetivo perseguido pela norma e o ônus imposto ao

²⁰⁴ CANOTILHO, 1993, op. cit. p. 382.

atingido, resultado este que só pode ser obtido mediante a ponderação realizada no caso concreto.

Isso significa, segundo CANOTILHO, que após a análise dos pressupostos fáticos do princípio, cabe avaliar “se o resultado obtido com a intervenção é proporcional à carga coactiva da mesma.”²⁰⁷

Ainda, “os meios legais restritivos e os fins alcançados devem situar-se numa justa medida, impedindo-se a adoção de medidas legais restritivas desproporcionadas, excessivas em relação aos fins obtidos”²⁰⁸

Segundo ALEXY, os princípios são mandados de otimização das possibilidades jurídicas e fáticas. A máxima da proporcionalidade em sentido estrito, ou seja, o mandato de ponderação, decorre da relativização com respeito as possibilidades jurídicas. Se uma norma de princípio entra em colisão com um princípio oposto, então a possibilidade jurídica de realização da norma de direito fundamental depende do princípio oposto (contrário).²⁰⁹

Decorre da natureza dos comandos dos princípios válidos a otimização das possibilidades fáticas e jurídicas de uma determinada situação. Otimizar implica em relativizar as possibilidades jurídicas de um determinado princípio, tendo em vista o princípio colidente num caso concreto. A decisão de um conflito exige, então a ponderação a partir do momento em que ele se verificar.²¹⁰

VIEIRA DE ANDRADE²¹¹ aponta no mesmo sentido:

A idéia de proporcionalidade em sentido estrito, impõe-se que a escolha entre as diversas maneiras de resolver a questão concreta se faça em termos de comprimir o menos possível cada um dos valores em causa segundo o seu peso na situação (segundo a intensidade e a

²⁰⁵ BARROS, op.cit., p. 79.

²⁰⁶ CANOTILHO, 1993, op.cit., p. 383.

²⁰⁷ CANOTILHO, 1993, op.cit., p. 383

²⁰⁸ MOREIRA; CANOTILHO apud STUMM, op.cit.,p. 81

²⁰⁹ Cf ALEXY, op.cit.,p. 112

²¹⁰ Ibid., p.112

²¹¹ ANDRADE ,op.cit.,p. 223/224.

extensão com que sua compreensão no caso afeta a protecção que lhes é constitucionalmente concedida).

A questão do conflito de direitos ou de valores depende, pois, de um juízo de ponderação, no qual se procura, em face de situações, formas ou modos de exercícios específicos (especiais) dos direitos, encontrar a justificação mais conforme ao conjunto dos valores constitucionais (à ordem constitucional).

O problema levantado por diversos autores²¹² em relação à ponderação de bens no caso concreto, resvala quase sempre, na hipótese de não haver controle sobre o juízo valorativo do intérprete, o que o tornaria ilegítimamente um legislador.

Citado por RAQUEL DENIZE STUMM, FRIEDRICH MULLER afirma que “ a ponderação oferece um padrão lingüístico cômodo, conduzindo a juízos de valor subjetivos de uma justiça do caso, a qual pode ser, nos quadros do Estado de Direito, subsequente generalizada.”²¹³

Mas ROBERT ALEX²¹⁴, trata de rebater as críticas, asseverando que existe uma racionalidade, onde se estabelece uma relação condicionada de precedência para solucionar a colisão de princípios.

A questão da ponderação recai na necessidade em se dar a esse procedimento um caráter racional e, portanto, controlável. Quando o intérprete pondera bens em caso de conflito entre direitos fundamentais, ele estabelece uma precedência de um sobre o outro, isto é, atribui um peso maior a um deles. Caso se possa estabelecer uma fundamentação para esse resultado, elimina-se o irracionalismo subjetivo e passa-se para o racionalismo objetivo.²¹⁵

²¹² Entre os quais FRIEDRICH MULLER

²¹³ STUM, op.cit.,p. 169.

²¹⁴ ALEX²¹⁴, op.cit.,p. 157.

²¹⁵ BARROS, op.cit., p. 170.

O exemplo da possibilidade de exercitar a ponderação racionalmente é trazido por ALEXY²¹⁶, do próprio Tribunal Constitucional Alemão:

Imagina inicialmente dois princípios colidentes, a que chama de P1 e P2 (por exemplo o direito à intimidade e o direito de livre informação), os quais tomados em sentido absoluto, conduzem a juízos concretos de dever ser reciprocamente contraditórios.

A precedência incondicionada de um princípio sobre o outro, é de ser imediatamente afastada, em se tratando de princípios fundamentais.

Por outro lado, havendo um condicionante estabelecido, a partir da ponderação do peso de cada um dos princípios no caso concreto, é possível assim estabelecer uma relação de precedência, sempre condicionada reitere-se.

Mas a racionalidade da ponderação (atribuição de peso aos princípios ante ao caso concreto) assegurará a mesma consequência jurídica para os casos iguais.

Todavia jamais importará no afastamento do princípio precedido. Ao contrário este deverá ser mantido no máximo possível para assegurar seu núcleo essencial, e em situações onde o condicionante for diverso, haverá de ser desta feita precedente em relação ao seu oposto. ALEXY faz a seguinte afirmação acerca da lei de colisões: “a afetação de um direito só é justificável pelo grau de satisfação de um outro direito oposto.”²¹⁷

13.5 Da aplicação prática do princípio da proporcionalidade

O professor GILMAR FERREIRA MENDES, nos traz com precisão, que a primeira referência sobre a proporcionalidade no Supremo Tribunal Federal, se deu em julgamento feito ao RE nº 18.331, que versava sobre direito de propriedade, assim explicitado no relatório do ministro OROZIMBO NONATO, assim explicitou:

²¹⁶ ALEXY, op.cit.,p. 92.

O poder de taxar não pode chegar a desmedida do poder de destruir, uma vez que aquele somente pode se exercido dentro dos limites que o tornem compatível com a liberdade de trabalho, comércio e da indústria e com o direito de propriedade” (RE nº 18.331, Relator Ministro Orozimbo Nonato)²¹⁸

RAQUEL DENIZE STUMM, traz em nossa Jurisprudência exemplo da aplicação do princípio da proporcionalidade:

Na Ação Direita de Inconstitucionalidade nºs 966-DF e 958-3-RJ, a arguição de inconstitucionalidade da integralidade do art. 5º (incluindo parágrafos e incisos) da Lei nº 8.713, de 30 de setembro de 1993, foi reconhecido o excesso na regulamentação no exercício da cidadania. Já na liminar insigne Ministro Moreira Alves a impossibilidade de lei restritiva em matéria de direito fundamental não limitado pela Constituição:

“(…) Depois de todos os votos que foram proferidos, o que se verifica é que as posições divergem em virtude de a Constituição, que foi tão pormenorizada muitas vezes em assuntos de menor relevância, em se tratando de partidos políticos foi estritamente genérica, adotando princípios gerais. O problema que surge, em face desses princípios gerais, principalmente em face do princípio de que a criação de partidos políticos é livre, é saber se pode haver ou não limitação à atuação dos partidos no tocante à apresentação de candidatos para cargos eletivos. É certo que essa lei não restringe totalmente, porque admite que partidos que não se enquadrem nos requisitos por ela previstos possam concorrer como candidatos aos mandatos de deputados e vereador. O problema, portanto (...) cinge-se a isto: saber se há a possibilidade de a lei razoavelmente limitar a atuação dos partidos, ou se essa limitação é impossível, tendo em vista a circunstância de que a lei não poderia, em face dos princípios gerais da Constituição, sobre eles fazer qualquer limitação quanto à sua atuação” (ADIN 958-3/RJ <Medida Liminar> DJ 20.10.93).

Na decisão de mérito, o eminente Ministro MOREIRA ALVES veio a concretizar a fundamentação esboçada no julgamento da liminar. Vale registrar o seu pronunciamento a propósito:

A meu ver, o problema capital que se propõe, em face dessa lei, é que ela fere, com relação a esses dispositivos que estão sendo impugnados, o princípio do devido processo legal. A Constituição no seu art. 5º, inciso LIV – e aqui trata-se não apenas de direitos individuais, mas também coletivos e aplica-se, inclusive, às pessoas

²¹⁷ ALEXY, op. cit., p. 99.

²¹⁸ MENDES, op. cit., p. 72.

jurídicas – estabelece que ‘ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal’.

Processo legal, aqui, evidentemente, não é o processo da lei, senão a Constituição não precisaria dizer aquilo que é óbvio, tendo em vista inclusive o inciso II do art. 5º que diz: ‘ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei’.

Esse princípio constitucional que tem sua origem histórica nos Estados Unidos, lá é interpretado no sentido de abarcar os casos em que há falta de razoabilidade de uma norma. Por isso mesmo já houve quem dissesse que é um modo da Suprema Corte americana ter a possibilidade de certa largueza de medidas para declarar a inconstitucionalidade de lei que atentem contra a razoabilidade.

Ora, esta lei, estes dispositivos que estão em causa são evidentemente dispositivos de exceção no sentido de dispositivos “ad hoc”, tendo em vista a circunstância de que partem de fatos passados, já conhecidos pelo legislador quando da elaboração da lei, para criar impedimentos futuros e, portanto, para cercear a liberdade desses partidos políticos” (ADIN nºs 966-4/DF e 958-3/RJ – DJ 11.5.94).

Resulta da exposição a aceitação do princípio da proporcionalidade ou da proibição do excesso pelo ordenamento jurídico brasileiro, estando presentes os três elementos do princípio: o questionamento sobre a necessidade da medida; a adequação entre o meio utilizado e o fim pretendido; e a ponderação entre os valores envolvidos no problema.²¹⁹

O professor LUÍS ROBERTO BARROSO²²⁰ lembra da decisão do Supremo Tribunal Federal que suspendeu, liminarmente, a vigência de lei do Estado do Paraná, que determinava a pesagem dos bujões de gás, à vista do consumidor, no ato da venda. A fundamentação se deu exatamente pela utilização do princípio da proporcionalidade:

“Gás liquefeito de petróleo: lei estadual que determina a pesagem de botijões entregues ou recebidos para substituição à vista do consumidor, com pagamento imediato de eventual diferença a menor: arguição de inconstitucionalidade fundada nos arts. 22, IV e VI (energia e metrologia), 24 e § 2º e 238, além da violação ao princípio da proporcionalidade e razoabilidade das leis restritivas de direitos: plausibilidade jurídica da arguição que aconselha a

²¹⁹ STUMM, op.cit.,p 91-93

²²⁰ BARROSO, op. cit.

suspensão cautelar da lei impugnada, a fim de evitar danos irreparáveis à economia do setor, no caso de vir a declarar-se a inconstitucionalidade; liminar deferida.”(Adin 855-PR rel. Min. Sepúlveda Pertence.)

Nesse caso o ônus imposto ao particular (Empresas de Distribuição de Gás) era por demais oneroso, e até mesmo de difícil aplicação, o que não corresponde a uma proporcionalidade com o objetivo a ser protegido. Aplica-se claramente o princípio da proporcionalidade em sentido estrito.

Se no âmbito da colisão de direitos fundamentais, há a preocupação fática, externada pela utilização do princípio da proporcionalidade em sentido amplo e seus subprincípios da adequação e da necessidade, tais comandos pode-se dizer, dirigem-se ao legislador, importando inclusive instrumento valioso para possível controle de constitucionalidade abstrata.

Porém a chave da normatividade principiológica, parece estar na ponderação, instrumento do princípio da proporcionalidade em sentido estrito.

Se nos casos difíceis, “*hard cases*” onde não há solução plausível a grosso modo, nem generalizada, em que caiba ao intérprete apontar o melhor caminho, é da racionalidade fornecida pela aplicação da ponderação que se impede a discricionariedade do julgador, assim como o impedimento de que este se utilize de sua função para desvirtuá-la, assumindo o papel que cabe ao legislador.

Ao mesmo tempo que se garante a solução para o caso difícil, mantém-se o discurso jurídico indispensável ao intérprete/julgador e, fundamental, ao Estado Democrático de Direito.

O chamado “mandado de otimização”, segundo ALEXY, do qual se revestem os princípios, atingem sua máxima normatividade ante a utilização do princípio da proporcionalidade em sentido estrito.

Recentemente algumas medidas tomadas pelo Governo Federal Brasileiro, foram objeto de análise perante o Supremo Tribunal Federal, passando antes, via controle incidental, por diversos juízos e Tribunais de primeira e segunda instância, e poderiam perfeitamente ter a aplicação do princípio da proporcionalidade em sentido estrito como fundamento para decidir essas ações .

Uma dessas questões dizia respeito à Lei 9.783/1999 que criava a contribuição previdenciária para os funcionários públicos inativos e aumentava a alíquota da contribuição dos funcionários da ativa.

Deixando de lado a questão dos funcionários inativos, que feria vários dispositivos constitucionais, simplesmente argumentar que os funcionários da ativa não deveriam contribuir para a previdência era inadequado, visto que a contribuição já existia.

E mais, em nome do direito de assistência previdenciária a todos os trabalhadores brasileiros, inclusive os funcionários públicos, é um direito do Estado cobrar por esta contribuição para que possa manter o pecúlio pago aos aposentados, pensionistas e inativos (art. 6º e 40º da CF).

Inegável também que a título de tributo (qualquer que seja ele) não pode o Estado “utilizar tributo com efeito de confisco (CF art. 150, IV).

Ora, como estabelecer se a alíquota aumentada consistiria em confisco ou não?

Fazendo a ponderação, ainda que simplesmente aritmética, entre o direito que se quer assegurar (o direito à previdência) e o direito negativo em relação ao Estado (do não confisco).

Uma vez assegurando o direito a previdência, ao Estado estará permitido arrecadar junto ao servidor para garantir esta Previdência.

Realiza-se a ponderação sobre o “quantum” está se retirando dos proventos do servidor para assegurar esse direito. E, percebe-se que, a alíquota de até 25% , aliado aos

demais descontos do contra-cheque do servidor, é, desproporcional a necessidade a ser atendida pelo primeiro direito.

As inúmeras decisões, ainda que por vias tortas, acabaram por fazer esse exercício da ponderação, ainda que sem mencioná-lo expressamente, tal qual o caso da própria decisão liminar na ADIN 2010 – DF, onde o relator mencionou o efeito do aumento da alíquota sobre o seu próprio salário.

Talvez, no exemplo acima, surjam outros caminhos para se aferir a inconstitucionalidade do ato normativo referido, todavia, seria bem visto, o uso do princípio da proporcionalidade em sentido estrito, para fomentar a utilização dos princípios como normas.

14 . Considerações finais do Capítulo I

Aqui se encerra a primeira parte da pesquisa, que cuida da base jusfundamental dos direitos colidentes que serão reportados a seguir.

Assume-se para a solução ou melhor interpretação do entrechoque entre os direitos fundamentais de propriedade industrial e saúde, que a solução pode ser o juízo de ponderação, feito a partir da regra de colisão entre princípios, estudada principalmente por ROBERT ALEXY.

Todavia, a identificação do método hermenêutico não é suficiente, sem que se aceite a sindicabilidade destas questões (*hard cases*), a partir de uma postura ativa do judiciário.

Desta maneira, não se compreende o Poder Judiciário como legislador negativo, mas sim como poder atuante diante da omissão estatal material ou legislativa. Mesmo quando argumenta-se faltarem recursos, é possível que o Judiciário dê a resposta constitucionalmente mais adequada, respeitando o princípio da separação dos poderes, mas atuando quando a resposta dada pela administração for insuficiente (inconstitucionalidade por omissão) ou inadequada (inconstitucionalidade por ação).

Para tanto, a investigação, a partir das bases firmadas nos itens anteriores, segue especificamente para os direitos em colisão: o direito fundamental à saúde e o direito de propriedade industrial.

CAPÍTULO II

DIREITO À SAÚDE E DIREITO À PROPRIEDADE
INDUSTRIAL

Notas introdutórias

Nessa segunda parte o desenvolvimento da pesquisa está essencialmente fundado na busca de elementos que permitam identificar os direitos fundamentais em choque.

De um lado o direito fundamental de cunho social prestacional à saúde. De outro, mas não menos importante o direito de propriedade, especificamente as propriedades intelectual e industrial, o que merece uma análise detida na Lei de Patentes (9279/96).

A análise busca ser imparcial, inicialmente, uma vez que somente na terceira parte do trabalho é que, afinal, irá se apresentar a defesa da sindicabilidade direta por parte do Poder Judiciário, do licenciamento compulsório previsto na Lei 9279/96, especialmente no que diz com o art. 71, ou seja, nos casos de emergência nacional e interesse público.

Imperativo é ressaltar que não se prega, em momento algum, “quebra de patentes”, sem qualquer critério. Aliás, tratando-se de uma limitação a um direito fundamental, a licença compulsória é medida extrema e deve ser utilizada a partir de uma justificativa fundamentada e racional.

A atuação do judiciário toma dimensões de grande importância, tanto para fazer cumprir a função social da propriedade industrial, como até, para evitar que na discricionariedade do Poder Executivo ocorra abuso de poder, ferindo por exemplo, o princípio da razoabilidade.

A contribuição da pesquisa, neste Capítulo II, reside no subsídio de dados que sustentam que o caráter emergencial e o interesse público andam lado a lado, e em determinadas ocasiões podem ser detectados pelo Judiciário, devidamente provocado pelos legitimados constitucionais, nas ações próprias.

15 Direito à Saúde, um direito fundamental

Saúde, para a Organização Mundial da Saúde, é o completo bem estar físico, mental e social, e não apenas a ausência de doenças ou agravos, bem como é reconhecida como um dos direitos fundamentais de todo ser humano, seja qual for sua condição social ou econômica e sua crença religiosa ou política. Diante disto, pode-se dizer que a saúde é uma incessante busca pelo equilíbrio entre influências ambientais, modos de vida e vários componentes.

É interessante examinar como esse conceito evoluiu. Saúde traz hoje para a população em geral, a idéia de ausência de doença. Mas nem sempre foi assim. É curioso observar que, na Antigüidade, Hipócrates, que é considerado o pai da Medicina, já estava absolutamente convencido de que a saúde implicava em uma harmonia do homem com a natureza. A saúde pressupunha, para Hipócrates, o equilíbrio entre os diversos componentes do organismo, o equilíbrio entre os diversos organismos e o equilíbrio destes organismos com o meio ambiente. O bem-estar dependia tanto de fatores internos quanto de fatores externos. Pode-se constatar através de leituras, romances e filmes, o quanto eram importantes os hábitos de vida para a definição da saúde: o clima, a qualidade da água, do solo, do ar. Tudo isso na Antigüidade. Portanto, para alguém ser saudável, precisava preencher todos esses equilíbrios.

O direito fundamental à saúde é a proteção à saúde mediante políticas sociais públicas que permitam o nascimento e o desenvolvimento sadio e harmonioso, em condições dignas de existência.

Não restam dúvidas sobre a fundamentabilidade do direito à saúde, catalogado no art. 6º da Constituição Federal de 1988, que, por conseguinte, está inserto no Título II da referida Constituição, onde se lê: “DOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS”.

Além do mais, o direito à saúde é determinante para o cumprimento de outro direito fundamental a ser assegurado pelo Estado, que é o direito à vida.

Nos capítulos anteriores sustentou-se a idéia de que os direitos fundamentais não se prendem a uma dimensão isolada, ou seja, não se traduzem apenas nas esferas negativa ou positiva de proteção.

Se é verdade que o Estado não pode tirar a vida de alguém, é também verdade que deve assegurar que essa mesma vida não seja ceifada por outrem, bem como que ela seja gozada com qualidade e, mais ainda, não seja ameaçada pela omissão estatal.

Em se tratando, pois, de um direito fundamental de natureza social e prestacional, o direito à saúde é evidente. Também conforme já se defendeu nos capítulos iniciais, deve ser aplicado na máxima medida ou, para usar a expressão da nova hermenêutica constitucional, a “máxima efetividade”.

O art. 196 da Constituição Federal de 1988 é categórico em afirmar que a saúde é um dever do Estado.

“Art. 196- A saúde é um direito de todos e um dever do Estado,”

O poder público é incumbido de fornecer gratuitamente àqueles que necessitam os medicamentos, próteses e outros recursos relativos ao tratamento, habilitação e reabilitação.

O dever do Estado, em garantir o direito à saúde, deve efetivar-se mediante políticas sociais e econômicas que visem a redução do risco de doenças e de outros agravos e assegurem o acesso universal e igualitário às ações e serviços para a promoção, proteção e recuperação da saúde. Para assegurar esses direitos, a Constituição de 1988 determina a implantação do sistema único de saúde no país, dirigido pelas três esferas do governo de forma descentralizada, hierarquizada e regionalizada, com acesso universal, oferecendo atenção integral sob o princípio da equidade.

Também é dever do Estado dar as condições dignas de salários, moradia, saneamento básico, direito à terra, ao meio ambiente e acesso da população às ações e serviços de promoção, proteção e recuperação à saúde.

A primeira dificuldade na tarefa de averiguar a possibilidade do reconhecimento de um direito subjetivo individual a prestações na área da saúde reside, portanto, na forma pela qual o direito à saúde foi consagrado pelo Constituinte²²¹.

Além disso, a exemplo dos demais direitos sociais de cunho positivo, também o direito à saúde tem sido considerado como dependente de intermediação legislativa, de tal sorte que não são poucos os que lhe negam a sua plenitude eficaz.

Outro aspecto que merece ser destacado diz respeito ao conteúdo de um direito subjetivo nesta esfera, já que o leque de necessidades é de tal forma amplo, que dificilmente poderá ser abrangido por qualquer normalização constitucional ou infraconstitucional.

Em outras palavras, cuida-se de saber se os poderes públicos são devedores de um atendimento global (toda e qualquer prestação na área da saúde) e, independentemente deste aspecto, qual o padrão dos serviços a serem prestados. Ademais, será o Estado obrigado a prestar saúde de acordo com padrões mínimos, suficientes, em qualquer caso, para assegurar a eficácia das prestações, ou terá o particular direito a serviços gratuitos da melhor qualidade. Cuida-se, também neste particular, do clássico dilema do Estado social no que concerne às suas funções precípuas, isto é, se deve limitar-se à tarefa de assegurar um patamar mínimo em prestações materiais, destinadas a promover a igualdade material no sentido de uma igualdade de oportunidades ou se deve almejar um padrão ótimo nesta seara. Pela sua inequívoca relevância sob o aspecto de garantia do próprio direito à vida, poder-se-á ter como certo que o direito à saúde, ainda que não tivesse sido reconhecido expressamente pelo Constituinte, assumiria a feição de direito fundamental implícito.

²²¹ SARLET, op.cit.,p. 301

Sobre o tema, assim se pronuncia INGO SARLETT:

Por mais que os poderes públicos, como destinatários precípuos de um direito à saúde, venham a opor - além da já clássica alegação de que o direito à saúde foi positivado como norma de eficácia limitada - os habituais argumentos da ausência de recursos e da incompetência dos órgãos judiciais para decidirem sobre a alocação e destinação de recursos públicos, não nos parece que esta solução possa prevalecer, ainda mais nas hipóteses em que está em jogo a preservação do bem maior da vida humana. Não nos esqueçamos de que a mesma Constituição que consagrou o direito à saúde estabeleceu - evidenciando, assim, o lugar de destaque outorgado ao direito à vida - uma vedação praticamente absoluta no sentido da aplicação da pena de morte (art. 5º, inc. XLVII, alínea a). Cumpre lembrar, mais uma vez, que a denegação dos serviços essenciais de saúde acaba - como sói acontecer - por se". equiparar à aplicação de uma pena de morte para alguém cujo único crime foi o de não ter condições de obter com seus próprios recursos o atendimento necessário, tudo isto, habitualmente sem qualquer processo e, na maioria das vezes, sem possibilidade de defesa, isto sem falar na virtual ausência de responsabilização dos algozes, abrigados pelo anonimato dos poderes públicos. O que se pretende realçar, ora, é que, principalmente no caso do direito à saúde, o reconhecimento de um direito originário a prestações, no sentido de um direito subjetivo individual a prestações materiais, diretamente deduzido da Constituição, constitui exigência inarredável de qualquer Estado, que inclua nos seus valores essenciais a humanidade e a justiça²²².

A proteção no âmbito prestacional do direito social à saúde envolve também um vilão nem sempre ressaltado, de atuação devastadora e contundente: a **escassez de recursos**.

GUSTAVO AMARAL, jurista da nova geração, em obra recente desafia a questão da escassez a partir do estudo de alguns casos onde contrapõe o direito à saúde, inicialmente com a escassez de recursos do Estado

A questão do acesso a tratamentos médicos, é problema no mundo inteiro. Mesmo nos Estados Unidos, país que gasta 13,6% de seu PIB em saúde, ou US\$ 1 trilhão por ano, o maior gasto nesse setor, seja em termos absolutos, seja em termos relativos, o problema é grave, com 17% da população não possuindo nenhum tipo de seguro-saúde, só sendo atendidos em emergências clínicas de caridade, ou obviamente, se pagarem. (...) No Brasil, embora não falem endemias e epidemias

²²² SARLET, op.cit.,p. 302

que grassam milhares de vidas, a questão relativa ao tratamento de doenças veio a baila com a AIDS²²³.

Na sequência GUSTAVO AMARAL comenta que o estigma social causado pelos preconceitos contra os portadores do vírus HIV, bem como o desenvolvimento lento e gradual da doença, exigindo tratamentos prolongados e caros, fez com que o Judiciário desse uma maior atenção ao tema.

Por outro lado, viram-se os magistrados premidos por um dilema a que se vai chamar de “decisão trágica”.

Nas palavras de AMARAL

a possibilidade de negar remédios indispensáveis à sobrevida não de “alguém”, mas de uma pessoa com nome e sobrenome, identidade e inscrição no cadastro das pessoas físicas. Do outro lado, encontrava-se o Poder Público, com recursos sabidamente mal empregados e, algumas vezes, defendido em juízo com argumentos que soavam insignificantes ante uma vida humana determinada, como, por exemplo, tratar-se de matéria incluída na discricionariedade administrativa ou mesmo mais prosaicas, como depender da aquisição do medicamento vital para a sobrevida do paciente do término do procedimento licitatório ainda em curso²²⁴.

AMARAL, então, adentra na difícil discussão sobre a postura do Judiciário nestes casos, entre a micro-justiça (que soluciona as demandas individualmente) e a macro-justiça (que atua no controle da própria administração pública, restringindo seu âmbito de discricionariedade).

Embora demonstre no seu texto uma defesa mais ativa do judiciário, o autor fluminense ao final conclui por uma atuação discreta e subsidiária dos magistrados, tão somente calcados na essencialidade da pretensão, no mínimo existencial, e na excepcionalidade da situação²²⁵.

²²³ AMARAL, Gustavo. **Direito, escassez e escolha**. São Paulo:Renovar, 2001, p. 24

²²⁴ Ibid., p. 25

²²⁵ Ibid., p. 228

Respeitado o trabalho de AMARAL, a quem se vai recorrer nesse segundo momento de forma mais constante, a presente pesquisa leva a outros caminhos e portanto outras conclusões acerca da concretização do direito fundamental à saúde, realizando um corte epistemológico para cuidar da proteção à saúde mediante um fornecimento de medicamentos que possibilite uma adequada terapia.

A escassez de recursos não será o único empecilho enfrentado para a configuração da lesão ao direitos fundamental à saúde.

Demais aspectos como a concorrência desleal, desrespeito ao consumidor e meio-ambiente, dentre outros farão parte da presente pesquisa.

O contraponto para esta análise será justamente a proteção a outro direito fundamental, qual seja o direito de propriedade, mais precisamente da propriedade intelectual e industrial.

15.1 Direito à saúde na Constituição Federal de 1988

Decorrente da previsão do art. 6º da Constituição Federal (ainda no Título II, que trata dos Direitos e Garantias Fundamentais) é nos artigos 196 a 203, que o direito à saúde encontrou sua maior concretização normativo-constitucional, onde estão todos os direitos dos cidadãos para uma vida digna e direitos à saúde, previdência e assistência social.

Fazendo uma breve leitura desses artigos, no entanto, percebe-se que há uma grande carga principiológica (programática) nas normas que encerram esse direito, a saber:

O art. 196 é assim descrito:

A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantindo mediante políticas sociais e econômicas que visem a redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal para a promoção, proteção e recuperação.

Fica deferido neste artigo que o Estado tem a obrigação de cuidar da saúde da população mediante medidas que se julgue necessárias e leis que regulem situações novas dentro da saúde, bem como da segurança dos pacientes. Um exemplo destas leis, é a lei 9273/96 a qual torna obrigatória a inclusão de dispositivos de segurança, que impeçam a reutilização das seringas descartáveis. Outro exemplo é a lei 9313/96, que obriga a distribuição de medicamentos aos portadores e doentes de AIDS.

Num segundo momento, “a Constituição remete a regulamentação das ações e serviços de saúde ao legislador, além de criar e fixar as diretrizes do Sistema Único de Saúde (SUS)”²²⁶.

Art. 197 – São de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei sobre a sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também por pessoa física ou jurídica de direito privado.

Art. 198 – As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada de acordo com as seguintes diretrizes.

I- Descentralização, com direção única em cada esfera do governo.

II- Atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais.

§1º O sistema único de saúde será financiado, nos termos do art. 195, com recursos do orçamento da seguridade social da União do Estado, do Distrito Federal e dos Municípios, além de outras fontes.

§ 2º A União, os Estados o Distrito Federal e os Municípios aplicarão, anualmente, em ações e serviços públicos de saúde recursos mínimos derivados da aplicação de percentuais calculados sobre:

I- Ao caso da União, na forma definida nos termos da lei complementar prevista no § 3º.

II- No caso dos Estados e do Distrito Federal e os Municípios, o produto da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 155 e dos recursos de que tratam os arts 158 e 159, inciso I, alínea b e § 3º.

§3º Lei complementar, que será reavaliada pelo menos a cada 5 (cinco) anos, estabelecerá:

I- os percentuais de que trata o § 2º

II- os critérios de rateio dos recursos da União vinculados à saúde destinados a seus respectivos municípios, objetivando a progressiva redução das disparidades regionais.

III- As normas de fiscalização, avaliação e controle das despesas com saúde nas esferas federal, estadual, distrital e municipal.

IV- As normas de cálculo do montante a ser aplicado pela União.

²²⁶ SARLET, op.cit.,p. 301

Nesse artigo são tratadas do funcionamento e da divisão do sistema único de saúde (SUS) entre as esferas governamentais e sua forma hierárquica e as emendas constitucionais que existem na área da saúde, para melhorar a atuação e distribuição do SUS no país.

Art 199 – a assistência à saúde é livre a iniciativa privada.

§1º As instituições privadas poderão participar de forma complementar do sistema único de saúde, segundo diretrizes desde mediante contrato de direito público ou convênio, tendo preferência as entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos.

§2º É vedada a distribuição de recursos públicos, para auxílios ou subvenções às instituições privadas com fins lucrativos.

§3º É vedada a participação direta ou indireta de empresas ou capitais estrangeiros na assistência à saúde no País, salvo nos casos previstos em lei.

§4º A lei disporá sobre as condições e os requisitos que facilitem a remoção de órgãos, tecidos ou substâncias humana para fins de transplante, pesquisa e tratamento, bem como a coleta, processamento e transfusão de sangue e seus derivados sendo vedado todo tipo de comercialização.

O art 199 trata da assistência à saúde privada, que cresce cada vez mais em no país através das cooperativas de médicos e convênios com hospitais. Nesse artigo é regulamentada assistência privada e como ela deve funcionar.

Este número que aumenta a cada dia na assistência privada é decorrente da deficiência na saúde pública e da maior quantidade de recursos que a saúde privada oferece. Mas este atendimento é privilégio de uma pequena parte da população, a maioria não tem recursos para tal.

Art 200 – *Ao Sistema Único de Saúde compete, além de outras atribuições, nos termos da lei.*

I- Controlar e fiscalizar procedimentos produtos e substâncias de interesses para a saúde e participar da produção de medicamentos, equipamentos, imunobiológicos, hemoderivados e outros insumos.

II- Executar as ações de vigilância sanitária e epidemiológica, bem como, as de saúde do trabalhador.

III- Ordenar a formação de recursos humanos na área de saúde.

IV- Participar da formulação da política e da execução das ações de saneamento básico.

V- Incrementar em sua área de atuação o desenvolvimento científico e tecnológico.

VI- Fiscalizar e inspecionar alimentos compreendido o controle de seu teor nutricional, bem como, bebidas e águas para consumo humano.

VII- Participar do controle e fiscalização da produção, transporte, guarda e utilização de substâncias e produtos psicoativos, tóxicos e radioativos.

VIII- Colaborar na proteção do meio ambiente, nele compreendido e do trabalho.

Neste artigo são descritas as condições básicas para a promoção, proteção e recuperação da saúde de qualquer cidadão em território nacional sem discriminações, além dos programas de saneamento básico e de controle de infecções hospitalar. As condições de higiene nos locais que sejam produzidos alimentos e também o seu teor nutricional e sua importância para a população são produtos de alto risco para a saúde humana. A capacitação de recursos humanos na área de saúde e por fim a importância da preservação do meio ambiente para a saúde.

15.2 Integração Legislativa

A Lei 8.080/90 de 19-9-90 - Lei Orgânica da Saúde – em seu art. 2º é clara ao explicitar a responsabilidade do Estado no que concerne ao direito fundamental à saúde:

Art. 2º A saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício.

§ 1º O dever do Estado de garantir a saúde consiste na formulação e execução de políticas econômicas e sociais que visem à redução de riscos de doenças e de outros agravos e no estabelecimento de condições que assegurem acesso universal e igualitário às ações e aos serviços para a sua promoção, proteção e recuperação.

§ 2º O dever do Estado não exclui o das pessoas, da família, das empresas e da sociedade.

No mesmo diploma legal, em cumprimento ao que determina a Constituição Federal no art. 200 I, a Lei 8.080 assevera que o Sistema Único de Saúde é responsável por

Art. 6º Estão incluídas ainda no campo de atuação do Sistema Único de Saúde - SUS:

(...)

VI - a formulação da política de medicamentos, equipamentos, imunobiológicos e outros insumos de interesse para a saúde e a participação na sua produção;

VII - o controle e a fiscalização de serviços, produtos e substâncias de interesse para a saúde;

Em relação especificamente aos medicamentos outras leis foram criadas para preservar o direito fundamental à saúde atendendo a pacientes com doenças graves como:

41/99 Direitos Básicos dos Portadores do HIV e AIDS.

1922/99 Torna material na patenteável a invenção de medicamentos para a prevenção e tratamento da AIDS e seu processo de obtenção.

3635/97 Prioridade nos processos e julgamentos de ações trabalhistas indenizatórias contra o Estado e fazenda pública cujos os autores são HIV+ e doentes em estado terminal.

4678/01 Torna material, não patenteável os medicamentos para tratamentos.

4819/01 Estende aos portadores de hepatite C os direitos e garantias para os portadores do HIV e AIDS.

5000/01 Estende a prioridade na tramitação de todos os atos providos de pessoas acometidas de neoplasia maligna, doença terminal, aposentadoria profissional e HIV+, incluindo os dependentes²²⁷.

²²⁷ Conforme dados do site www.aids.gov.br/final/dh/fundamentais.htm.

15.3 Políticas de saúde pública no Brasil

Ao se falar das políticas de saúde pública em nosso país não se pode ocultar uma importante alteração que sofreu a saúde nesta última quadra da história, deixando de ser uma simples assistência médica para se transformar em um direito fundamental. Ainda que hoje, haja uma grande deficiência, há que se reconhecer que o salto foi muito grande.

Os serviços de saúde emergiram no Brasil, ainda no século XIX, apresentando uma organização precária, baseada na política médica, onde as questões de saúde eram ainda de responsabilidade estritamente individual.

As três primeiras décadas do século XX podem ser definidas como um período de hegemonia das políticas de saúde pública: “modelo de atenção em saúde orientada predominantemente, para o controle de endemias e generalização de medidas de imunização”, tida como ideologia campanhista, contextualizada pelas extensas repercussões sociais das políticas de defesa da renda do setor exportador cafeeiro e pela pressão financeira do Estado sobre a circulação monetária, objetivando o controle das contas públicas.

Ao se analisar as políticas de saúde deste período, percebe-se que o modelo de atenção concentrava fortemente as decisões, em geral tecnocráticas e, também, adotava um estilo repressivo de intervenção, favorecendo o surgimento e a consolidação de uma estrutura administrativa centralista, tecnoburocrática e corporativista, dificultando a participação da população nas questões pertinentes a políticas de saúde.

Paralelamente às medidas repressivas, as ações sanitárias recorreram a meios dissuasórios, através do Conselho ao Povo, publicados na imprensa e em folhetos avulsos, sobre os meios de evitar doenças. Ao mesmo tempo foi constituída a brigada contra os mosquitos transmissores de febre amarela, dentro de características paramilitares.

A organização da saúde pública no Brasil foi uma resposta das classes dirigentes nacionais a inúmeras ameaças que tolhiam o desenvolvimento de novas relações econômicas no país. Essas ameaças determinaram concepções de organização sanitária que motivariam a resistência popular às ações de saúde pública.

O período seguinte proporcionou uma rápida expansão da medicina previdenciária, permitindo o crescimento das redes públicas estaduais e municipais voltadas, predominantemente, ao pronto atendimento de emergência além da população marginal ao sistema previdenciário.

É no final deste período que se aquece o debate sobre o papel do Estado na implantação de um efetivo sistema de saúde, tendo como marco a III Conferência Nacional de Saúde (1963), que propôs a implantação da municipalização da assistência à saúde no Brasil. Porém, a reação das forças sociais conservadoras levou ao golpe militar de 1964, interrompendo o debate que vinha se dando até então.

O regime militar pós-64, teve como uma de suas características fundamentais a completa reversão da tendência descentralizada observada no período anterior. A centralização tornou-se obrigatória, dentro da lógica orientação do regime militar.

A primeira fase do regime militar até 1974, caracterizou-se pelo chamado “milagre brasileiro”, quando se operou uma grande reorientação na administração estatal, inclusive no setor da saúde.

Desde o começo da década de 70, muitos estudos e pesquisas foram realizados, no intuito de demonstrar que o modelo de desenvolvimento adotado no País (concentrando rendas, não distribuindo benefícios sociais) era prejudicial à saúde das pessoas. Da mesma forma o sistema de saúde que vinha se implantando era irracional, gastava mais recursos do que efetivamente recebia e, não atendia adequadamente a população.

A situação caótica da política de saúde pública e dos serviços previdenciários de atenção médica reivindicava das autoridades soluções para os problemas criados pelo modelo de saúde vigente.

Nesse período foi muito importante a marcante produção científica de intelectuais, professores e pesquisadores que, reforçando os estudos já existentes desde o início da década, criticavam o modelo vigente, denunciavam as más condições de vida da população e propunham alternativas para a construção de uma nova política de saúde efetivamente democrática. Quase toda essa produção adotava uma postura radical de crítica ao centralismo autoritário do regime militar.

Surgiu, assim, o Movimento Sanitário que, utilizando-se destes estudos e pesquisas, começou a denunciar os efeitos do modelo econômico na saúde da população, em defesa da Reforma Sanitária, caracterizando-se como um processo político de conquistas sociais em busca da saúde da população e da construção de um novo Sistema Nacional de Saúde.

Paralelo a este grupo, adquire importância o Movimento Popular de Saúde, que embora iniciado na década de sessenta, conseguiu dar um salto significativo e ampliar-se, na década de oitenta. Passaram de simples reivindicações de cunho econômico para um processo de questionamento da qualidade do serviço, exigindo não apenas, a conquista de equipamentos, mas, a própria gestão e organização da política de saúde.

O Movimento Popular de Saúde originou-se nos bairros pobres das periferias das grandes cidades. Compunha-se de médicos sanitaristas, estudantes, religiosos, militares católicos, integrantes de partidos políticos clandestinos e das populações carentes.

A década de 80 encontrou o sistema de saúde brasileiro sob forte contestação frente as suas características básicas. A partir daí, surgiram propostas alternativas de um

modelo de saúde, que tivesse, como pano de fundo a democratização, com participação popular, a universalização dos serviços de saúde, a relevância do sistema público e a descentralização.

Em 1986, com ampla participação popular, na VIII Conferência Nacional de Saúde, foram discutidos, os princípios da Reforma Sanitária, os quais foram assim sintetizados: participação popular, equidade, descentralização, universalidade e integralidade das ações de saúde.

Com a convocação da Assembléia Nacional Constituinte em 1987, o movimento sanitarista aliou-se com a frente parlamentar ligada à saúde, conseguindo assim, a aprovação do texto constitucional que afirma ser a “SAÚDE UM DIREITO DE TODOS E DEVER DO ESTADO”, que prevê a participação dos movimentos sociais na elaboração de políticas de saúde e controle de sua execução e que descentraliza os serviços através da implantação do Sistema Único de Saúde (Lei 8080/90).

No terreno das políticas públicas, a existência de órgãos colegiados setoriais vinculados ao Executivo não é fenômeno novo no Brasil nem, tampouco, exclusivo da área da saúde.

Entretanto, não há na história do Brasil, nada que se assemelhe aos conselhos de Saúde da atualidade, seja pela representatividade social que expressam, seja pela gama de atribuições e poderes legais de que estão investidos ou pela extensão em que estão implantados por todo o país, nas três esferas de governo²²⁸.

Hoje, também, é de grande importância na política de saúde são os medicamentos genéricos. Estes reduziram os custos dos medicamentos principalmente, dos de uso contínuo, proporcionando assim, o acesso aos medicamentos pela população mais carente.

Os programas de prevenção de doenças como a AIDS e campanhas de vacinação fizeram com que algumas doenças fossem erradicadas do território nacional. As campanhas de esclarecimentos e os sintomas de algumas doenças fizeram com que a população tivesse grandes informações. A saúde da mulher também ganhou espaço no programas de saúde, por meio de exames preventivos para se evitar doenças como o câncer no colo do útero.

Esses programas e outros, fazem parte da evolução crescente do setor de saúde em nosso país, o qual não chega a ser ideal por vários fatores que podem ser somados a falta de recursos e também à desinformação por parte da população. O Brasil é um país que mostra incontáveis situações contrastantes que dividem a população em três grupos: os que possuem plano de saúde, os que são atendidos pela rede pública e os que não tem acesso nem à rede pública. Esses últimos padecem de doenças resultantes da miséria e da desinformação.

Uma das bases éticas que deve ser considerada no processo decisório da alocação de recursos em saúde é a equidade, associada aos temas da solidariedade e da responsabilidade individual e pública – além dos princípios da beneficência e justiça para fazer valer de forma plena o direito à saúde.

Com decisão da licença compulsória, o Brasil conquista o direito de produzir medicamentos para epidemias como a AIDS, tuberculose e malária entre outras. Com isso, passa a garantir à sua população o direito de acesso aos medicamentos, reduzindo não só taxas de mortalidade, mas fazendo prevalecer o direito maior à vida humana.

Tendo o Brasil a maior biodiversidade do mundo, não pode continuar fornecendo riquezas naturais para que os países ricos venham a desenvolver tecnologias que podem ser realizadas aqui, nem mesmo permitir que os brasileiros venham a falecer por falta de medicamentos.

²²⁸ FERREIRA, Nina Rosa; VASCONCELOS, Manoel Francisco. **As políticas de saúde, os movimentos**

15.4 O quadro de algumas doenças crônicas no Brasil

Em recentes estudos, motivados principalmente pelo desenvolvimento da AIDS com números próprios de uma epidemia e devido a muitas outras doenças crônicas dependem da utilização de medicamentos aos seus portadores de forma sistemática e duradoura, foram divulgados dados estatísticos referentes a essas doenças, através dos mais variados meios, possibilitando seu conhecimento pela sociedade.

Alguns dados, que serão a seguir mencionados, foram colhidos em sítios confiáveis, de instituições também confiáveis ou até mesmo oficiais, bem como publicados na melhor imprensa brasileira e internacional.

Foi necessário, também, realizar um corte metodológico para atender ao objetivo do presente trabalho. Não se desconhece que o quadro de doenças num país como o Brasil, poderia ser ampliado a um sem número de exemplos, todos procedentes e igualmente pertinentes.

Por outro lado, não houve a pretensão de se enveredar para uma análise interdisciplinar, mais precisamente de saúde pública ou medicina. Tais ciências fogem ao domínio do pesquisador. Por essa razão, sem perder a essência do problema a que se deseja tutelar, foram escolhidas quatro doenças, reputadas como responsáveis pela maior demanda em termos de distribuição de medicamentos de uso contínuo. São elas: as doenças cardiovasculares, o diabetes, a AIDS e a hepatite C.

15.4.1 Doenças cardiovasculares

A Organização Mundial da Saúde, em 1997, tornou público que 29% das causas de morte de pessoas no mundo foram cardiovasculares. Vale lembrar que 1/3 das pessoas no mundo não tem acesso a remédios essenciais, que na média, somente 50% dos doentes tomam corretamente suas medicações e que até 75% dos antibióticos são mal prescritos, inclusive nos hospitais universitários. No Brasil, em 1995 a mortalidade foi liderada pelas causas circulatórias em 34%²²⁹.

Ainda segundo a Organização Mundial da Saúde (OMS) divulgou em 24/09/2004, que o Brasil é o 9º País em mortes por doenças cardíacas. Esses dados foram levantados a partir da pesquisa da Atlas Doenças Cardíacas e Derrames. No Brasil, em 2002, foram registradas 139.601 mortes por doenças cardíacas e 129.172 por derrames²³⁰.

De acordo com a Sociedade Brasileira de Cardiologia, 80% dos pacientes com AIDS são atendidos pelo SUS (Sistema Único de Saúde), enquanto 32% da população brasileira morre de doenças cardiovasculares²³¹.

Embora as doenças cardiovasculares devam ser prevenidas, antes que tratadas, é possível conviver com quadros crônicos das doenças, desde que amparando-se os pacientes com medicamentos de uso contínuo.

Os medicamentos necessários para o controle de doenças cardiovasculares são principalmente aqueles usados para combater o colesterol e desobstruir as artérias. No Brasil,

²²⁹ SCHERR. Disponível em <www.scherr.med.br> acesso em 05 mai 2005.

²³⁰ FOLHA ON LINE, Disponível em <http://www1.folha.uol.com.br/folha/bbc/ult272u35476.shtml> acesso em 16 mai 2005.

²³¹ SEGATTO, Cristiane. **Super-remédios, para quem?** Revista Época, nº 363 de 02 de maio de 2005, p. 103.

a *Rosuvastavina* custa em média R\$ 100,00 a caixa e o *Stent* com *Repamicina* que deve ser implantado mediante cirurgia custa R\$ 12.000,00. Ambos não são previstos pelo SUS²³².

Nenhuma política de âmbito nacional foi encontrada especificamente para distribuição de medicamentos para portadores de doenças cardiovasculares crônicas.

15.4.2 Diabetes

O diabetes é uma doença silenciosa, geralmente descoberta em níveis adiantados, mas que tem tratamento a partir de uma rigorosa carga de medicamentos de uso contínuo. Por essa razão os tratamentos são caros.

No Estado do Rio de Janeiro desde 2003, há uma Lei Estadual que disciplina a distribuição gratuita de medicamentos e materiais necessários para aplicação e monitoração da glicemia.

LEI ESTADUAL Nº 4119, DE 1º DE JULHO DE 2003

O Presidente da Assembléia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro, em conformidade com o que dispõe o § 5º combinado com o § 7º do artigo 115 da Constituição Estadual, promulga a Lei nº 4119, de 1º de julho de 2003, oriunda do Projeto de Lei nº 1.995, de 2001.

Dispõe sobre a distribuição gratuita de medicamentos e materiais necessários a sua aplicação e à monitoração da glicemia capilar aos portadores de diabetes e dá outras providências.

A Assembléia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro decreta:

Art. 1º - O Estado do Rio de Janeiro manterá em caráter permanente, distribuição gratuita, para os portadores de diabetes, os medicamentos necessários para o tratamento de sua condição e os materiais necessários a sua aplicação e à monitoração da glicemia capilar.
§ 1º – O Poder Executivo, através da Secretaria de Saúde, selecionará

²³² SEGATO, op. cit., p. 102

os medicamentos e materiais, com vistas a orientar sua aquisição, bem como publicará anualmente a relação dos mesmos com vistas a dar conhecimento aos interessados.

Também no Distrito Federal, houve preocupação do legislador em assegurar a distribuição de medicamentos, todavia, apenas aos pacientes comprovadamente carentes.

LEI DISTRITAL Nº 640, DE 10 DE JANEIRO DE 1994

“Assegura o fornecimento de material e medicamentos para diabéticos e dá outras providências.”

Art. 1º Fica assegurado aos diabéticos carentes do Distrito Federal fornecimento gratuito de:

I - insulina;

II - antidiabéticos orais;

III - reagentes para exames;

IV - seringas para aplicação de insulina;

V - tiras reagentes;

VI - adoçante;

VII - material de informação sobre o controle da doença.

Art. 2º As despesas decorrentes da implementação desta lei correrão por conta de dotação orçamentária a ser incluída na Secretaria de Saúde do Distrito Federal.

Art. 3º O Poder Executivo regulamentará esta lei no prazo de 45 dias da sua publicação.

Art. 4º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Art. 5º Revogam-se as disposições em contrário.

Mas, não há uma política nacional de distribuição de medicamentos, até porque ao contrário do que ocorre com a AIDS, os números referentes à diabetes são muito mais significativos²³³. Estima-se que 5,2 milhões de brasileiros acima de 40 anos sejam portadores de diabetes tipo II, mais freqüente na idade adulta. Apenas 10% dos diabéticos possuem a do tipo I (quando o corpo é incapaz de produzir o hormônio)²³⁴.

²³³ Embora no Brasil os dados não sejam confiáveis, nos EEUU calcula-se que 12,3% da população entre 40 e 70 anos seja portadora de diabetes e no mundo em torno de 151 milhões de pessoas. Os estudos demonstram que esses números devem dobrar nos próximos 25 anos. Fonte: Revista Diabetes News – junho 2004, vol 1 nº 01

²³⁴ SEGATTO, op.cit. p. 104

O SUS oferece apenas o tratamento básico, a partir da insulina NPH, que costuma provocar hipoglicemia após o pico de atuação. O produto custa R\$ 36,00 a caixa, enquanto as drogas mais modernas custam, em média, R\$ 250,00.

15.4.3 Síndrome da Imunodeficiência Adquirida (SIDA) ou, como é conhecida aqui no Brasil, pela sigla com as iniciais em Inglês – AIDS.

Hoje, no Brasil, a distribuição de medicamentos para doenças como AIDS faz parte da política de saúde, as pessoas contaminadas que preenchem os critérios estabelecidos no documento do consenso terapêutico em HIV/AIDS, têm acesso aos medicamentos gratuitamente. Esse programa, que foi iniciado no começo da década de 90, com a distribuição do AZT cápsula, consolidou-se com o Decreto nº 9.313 de 13 de novembro de 1996, garantindo a todos os pacientes infectados pelo HIV, o acesso gratuito a toda medicação necessária ao seu tratamento, e com o início da distribuição dos medicamentos para terapia tripla com inibidores da protease em dezembro/96. O mesmo decreto determinou que os critérios para o tratamento seriam estabelecidos pelo Ministério da Saúde, que constituiu um comitê assessor para terapia anti-retroviral em adultos/adolescentes e outro comitê para crianças. Ambos revisam periodicamente as recomendações para terapia anti-retroviral²³⁵.

Atualmente cerca de 120.000 pacientes recebem, no Brasil, os medicamentos de combate a AIDS em 424 unidades de distribuição de medicamentos. O custo com a distribuição dos mesmos é elevado: 575 milhões de reais, mas, por outro lado, o resultado é excelente: houve uma redução em 50%, a taxa de mortalidade por AIDS.²³⁶

²³⁵ Disponível em, <http://www.gapasjc.org.br/juridico/medic/politica_med.htm>, acesso em 13 de maio de 2005.

²³⁶ Disponível em <<http://www.aids.gov.br/politica>>, acesso em 13 de maio de 2005.

Nos dias atuais, a relação de medicamentos anti-retrovirais disponibilizados pelo Ministério da Saúde inclui 12 medicamentos anti-retrovirais (5 inibidores da transcriptase reversa análogos de nucleosídeo, 3 inibidores da transcriptase reversa não-análogos de nucleosídeo e 4 inibidores da protease) em 25 apresentações farmacêuticas.

Os gastos do Governo Federal com a aquisição dos medicamentos anti-retrovirais foram cerca de US\$ 34 milhões em 1996, US\$ 224 milhões em 1997, US\$ 305 milhões em 1998, US\$ 335 milhões em 1999 e US\$ 332 milhões em 2000. O aumento dos gastos deve-se, principalmente, ao crescimento do número de pacientes em tratamento, ao aumento da proporção dos pacientes em terapias mais complexas e à atualização das recomendações para terapia. Esses gastos corresponderam a 0,0044% do PIB em 1996 e 0,06% do PIB em 1999. Em relação ao orçamento do Ministério da Saúde, a aquisição dos medicamentos de AIDS corresponderam a 0,24% em 1996, 1,18% em 1997, 1,82% em 1998, 3,18% em 1999 e 3% no ano 2000²³⁷.

Como se trata do programa brasileiro que mais obteve sucesso, voltar-se-á em vários momentos deste trabalho, a citar dados referentes a distribuição de medicamentos para controlar os efeitos da AIDS.

15.4.4 Hepatite C

Baseando-se em estimativas da Organização Mundial da Saúde, cerca de 3 milhões de brasileiros estão infectados pelo vírus da hepatite C. O custo médio do tratamento é de R\$ 4.000,00 (quatro mil reais) através da droga chamada *Interferon Peguilado*, que deve ser utilizada em associação com a droga *Ribavirina*²³⁸.

²³⁷ Disponível em <http://www.gapasjc.org.br/juridico/medic/politica_med.htm>, acesso em 13 de maio de 2005

²³⁸ SEGATTO, op. cit., p. 102

Desde 2002, estes medicamentos obrigatoriamente devem ser oferecidos pelo SUS, por força da Portaria do Ministério da Saúde MS 863. Mas a distribuição “de fato” não ocorre com regularidade, colocando em risco a vida do paciente e permitindo que a doença, que pode até mesmo ser curada, desenvolva-se com mais agressividade diante das recaídas causadas pela resistência que o vírus pode adquirir ante a falta do medicamento.

Segundo associações de portadores de hepatite C, a política de distribuição destes medicamentos pelo SUS chega a ser discriminatória pois exige exames prévios a custos altíssimos e não contempla quem já vinha fazendo outro tipo de tratamento.

De acordo com o Grupo Esperança

O medicamento é distribuído pelo SUS, desde final de 2002, regido pela Portaria MS/863, que mostra caráter discriminatório, conforme pode ser comprovado nos seus itens de inclusão e exclusão, pois não contempla pacientes que já se trataram com o inferior interferon convencional, bem como só distribui a um tipo de vírus, embora existam 6 tipos e desses, 3 são freqüentes no Brasil. Surpreendentemente, um antagonismo surge quando o paciente vai pleitear o tratamento junto ao Estado e dele é exigido o exame de genotipagem, que aponta o tipo do vírus, para saber então se está incluso como beneficiado. O próprio estado não facilita a realização desse exame, que ainda é pior que o PCR na questão da demanda reprimida. Da mesma forma que o exame de PCR, os planos privados, em sua maioria, não dão cobertura, tendo um custo um pouco mais alto ainda que o PCR, custando em média R\$ 900 e o sofrido portador, após ter conseguido passar por tantas dificuldades, ainda as encontra com a mesma intensidade quando pensa que está próximo de se submeter a um tratamento²³⁹.

15.5 O direito fundamental à saúde e a escassez de recursos do Estado.

Diante do quadro das políticas de saúde no Brasil vislumbra-se que a AIDS, não é a única doença de curso duradouro, que afeta a população brasileira.

²³⁹ Disponível em <www.grupoesperanca.org.br>, acesso em 13 de maio de 2005.

Ao contrário, o número de doenças que afligem o povo brasileiro é imenso, não compreendendo neste momento o estudo individualizado de cada uma delas.

Mas a partir de uma amostragem com a trazida pela presente pesquisa, já é possível dimensionar que ao menos em relação às doenças crônicas, o Estado não consegue recursos para atender aos pacientes que delas sofrem.

Não se tratou sequer das doenças epidêmicas, sazonais ou episódicas, que com certeza também demandam recursos infinitos.

O propósito da análise daquelas doenças mais conhecidas foi o de demonstrar que o interesse público viceja qualquer direito fundamental à propriedade que se possa defender em face do direito à saúde. Esta afirmação, não contradiz o respeito ao direito de propriedade, mas reflete que a escassez de recursos do Estado, não pode ser ignorada a ponto de negar o direito fundamental à saúde e, via de consequência, à própria vida.

Recai então a discussão, sobre o direito ao monopólio, ainda que temporal, através da proteção patentária, expresso na Lei de Patentes, aprovada em 1996.

Da correta interpretação sobre os limites do direito de propriedade, ainda que intelectual, é que se pode envidar uma política emancipatória em relação a efetividade do direito fundamental à saúde.

Antes, porém, cumpre exercer uma análise isenta, compreendendo o sistema de proteção da propriedade industrial e principalmente o mecanismo legal da licença compulsória, presente na Lei 9.279/96, a Lei de Patentes.

16 Direito Fundamental à Propriedade Intelectual

A Propriedade Intelectual compreende duas filiais principais:

- Propriedade industrial, principalmente nas invenções, nas marcas registradas, em projetos industriais e em denominações da origem;
- Copyright, principalmente em trabalhos literários, musicais, artísticos, fotográficos e audiovisual.

A convenção da OMPI (Organização Mundial da Propriedade Intelectual) define como Propriedade Intelectual, a soma dos direitos relativos às obras literárias, artísticas e científicas, às interpretações dos artistas intérpretes e às execuções dos artistas executantes, aos fonogramas e às emissões de radiodifusão, às invenções em todos os domínios da atividade humana, às descobertas científicas, aos desenhos e modelos industriais, às marcas industriais, comerciais e de serviço, bem como às firmas comerciais e denominações comerciais, à proteção contra a concorrência desleal e todos os outros direitos inerentes à atividade intelectual nos domínios industrial, científico literário e artístico.²⁴⁰

O campo de proteção abrangido pela propriedade industrial foi definido na Convenção de Paris, de 1883 (art. 1,º), como o conjunto de direitos que compreende as patentes de invenção, os modelos de utilidade, os desenhos ou modelos industriais, as marcas de fábrica ou de comércio, as marcas de serviço, o nome comercial e as indicações de proveniência ou denominações de origem, bem como a repressão da concorrência desleal. A Convenção enfatiza que, conquanto tendo a qualificação "industrial", este ramo do Direito não se resume às criações industriais propriamente ditas, mas "entende-se na mais ampla acepção e aplica-se não só à indústria e ao comércio propriamente ditos, mas também às indústrias agrícolas e extrativas e a todos os produtos manufaturados ou naturais”.

Por exemplo: vinhos, cereais, tabaco em folha, frutas, animais, minérios, águas minerais, cervejas, flores, farinhas.

O Copyright é um direito de Propriedade Intelectual, no qual o autor obtém, por um período limitado de tempo, certos direitos exclusivos sobre os seus trabalhos.

Na Constituição Federal o direito de Propriedade é descrito no art. 5º, portanto um direito fundamental assim como o direito de saúde, e é assim definido:

Art. 5.º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se a todos os brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade nos termos seguinte:

XXVII - aos autores pertence o direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução de suas obras, transmissível aos herdeiros pelo tempo fixando por lei.

XXVIII - são assegurados, nos termos da lei:

a) a proteção às participações individuais em obras coletivas e à reprodução da imagem e voz humanas, inclusive nas atividades desportivas;

b) o direito de fiscalização do aproveitamento econômico das obras que criarem ou de que participarem aos criadores, aos intérpretes e às respectivas representações sindicais e associativas.

XXIX - a lei assegurará aos autores de inventos industriais privilégio temporário para sua utilização, bem como proteção às criações industriais, à propriedade das marcas, aos nomes de empresas e a outros signos distintivos, tendo em vista, o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País.

A proteção da propriedade intelectual baseia-se em dois princípios essenciais:

- Um princípio moral - aos criadores deve ser reconhecida e protegida a sua qualidade de autores, obtendo por isso, reconhecimento moral e material;
- Um princípio econômico - o Estado ao garantir a exclusividade e a lealdade de concorrência, favorece a exploração das criações.

²⁴⁰ BARBOSA, Denis Borges. O conceito de propriedade industrial. Disponível em <<http://denisbarbosa.addr.com/110.doc>>, acesso em 13 maio 2005.

A concepção da propriedade só é possível se atender a função social como está na Constituição federal no art. 5º em que, o direito de propriedade será garantido desde que ela atenda a sua função social.

Art 5º (...)

XXII – é garantido o direito de propriedade

XXIII – a propriedade atenderá sua função social

É importante salientar que, não cumprindo sua função social, o título de propriedade deve ser revisto pelo Poder Público. Nesta situação, poderá em conformidade com a lei e respaldo constitucional, ser alterado em seus atributos de propriedade, limitando-se seus direitos de uso e gozo ou mesmo anulando a própria propriedade, transformando-se, assim, em bem de domínio público²⁴¹.

A Constituição assegura aos autores de invenções o privilégio de sua exploração econômica. Esta proteção aos direitos de criação estimula o crescimento nacional.

O direito de Patentes se desenvolveu para acompanhar a evolução tecnológica mundial, garantindo aos inventores e investidores o necessário incentivo para que ambos se dedicassem a atividades de pesquisa científica. Porém, o que não pode ser esquecido é que, o objetivo da evolução tecnológica está associado à saúde e preservação de vidas humanas.

Em todo o mundo existem pessoas que têm a capacidade de inventar e criar. Certamente se poderá dizer que essas ações e características dos povos têm feito a diferença entre os ricos e os pobres. O Brasil não pode ser uma exceção. Criatividade e inventividade proliferam no Brasil, mas muito pouco do que tem sido concebido chega ao público, nacional ou internacional, como produto industrializado e acabado, pronto para o consumo.

²⁴¹ CAMPILONGO, Celso Fernando (orientador). **Política de patentes e o direito de concorrência**. in PICARELLI, Márcia Flávia Santini e ARANHA, Márcio Iorio. **Política de patentes em saúde humana**, São Paulo: Atlas, 2001, p. 158.

Em tese, qualquer um pode criar, pode inventar. Pessoas sem posses, através de idéias, inovações e suas patentes, podem transformar sua vida quase que por encanto, ganhando riquezas e prosperidade. Entretanto, para isso poder acontecer seus direitos precisam ser preservados e respeitados por todos.

Ocorre que tal afirmação sucumbe diante da concentração dos direitos de patenteamento adquiridos pelas grandes corporações e, como se verá adiante, pelos grandes laboratórios.

Não obstante esta constatação, o direito de propriedade industrial, como qualquer dos direitos fundamentais é limitado. Como foi visto anteriormente, tais limites podem estar expressos no próprio texto constitucional, –v.g. CF/88 art. 5º XXIII – a propriedade atenderá a sua função social – como pode estar autorizado o legislador ordinário a estabelecer tais limites, – Lei 9279/96 art. 71– Licença compulsória- bem como pode decorrer da colisão entre direitos igualmente fundamentais - juízo de ponderação entre propriedade e direito à saúde.

Cumpra-se uma análise mais detalhada do Sistema de Patentes no Direito Brasileiro.

16.1 Sistema de Proteção de Patentes - Considerações históricas

Desde o surgimento do homem na Terra, pode-se falar do aparecimento da sua capacidade de criação. De início, transformando a natureza e os materiais que esta ofertava, necessários a sua sobrevivência, que era o que bastava. Com o passar do tempo ocorrem os agrupamentos sociais primitivos que começaram a perceber que a natureza não ofertava tudo que era necessário. Algumas coisas eram oferecidas em excesso e outras, com deficiências. Foi assim que se iniciou a idéia da troca e começaram a surgir os "especialistas" em determinados produtos. Os produtos eram manufaturados de forma artesanal, rústica.

No ano de 1236, na França, teve-se notícia do primeiro caso de proteção da propriedade industrial, quando, na cidade de Bordeaux, foi concedido a Bonafusus de Saneta e Companhia um privilégio exclusivo, por 15 anos, para tecer e tingir tecidos de lã, segundo o método flamengo.

Segundo DI BLASI, GARCIA E MENDES²⁴², na França em 1330, foram concedidos privilégios para a industrialização de produtos, autorizado pelo Rei a explorar a "fabricação de vidros". No entanto, conforme os mesmos autores, o primeiro privilégio conhecido foi outorgado pelo Feudo de Veneza em 1469, o qual concedia o direito de exclusividade para exploração ao seu titular, durante 5 anos, em todo o território feudal, de uma "indústria de impressão". Neste momento histórico os privilégios estendiam-se aos autores de obras literárias. A obra "Orlando Furioso", por exemplo, foi protegida através do privilégio concedido a seu autor.

Na Idade Média, surgiram as primeiras cartas de proteção outorgadas aos autores de concepções técnicas. Tem-se notícia de que, desde a primeira metade do século XIV, na Inglaterra, eram concedidos privilégios para a exploração de invenções.

Na segunda metade do século XV, tem-se conhecimento dos primeiros casos de proteção, oficialmente concedida a autores de obras literárias. Com o surgimento dos processos mecânicos primitivos de impressão gráfica, possibilitando a impressão de grandes números de exemplares, os escritores daquela época foram impelidos a reivindicar, junto às autoridades locais, os direitos oficiais de autoria a fim de resguardar suas obras das publicações indevidas. Tipos de proteção ou de monopólio passaram, então, a ser concedidos pelos reis e senhores feudais. Os critérios de proteção eram heterogêneos, variando de caso a caso, dependendo muitas vezes da simpatia do soberano. Nos privilégios concedidos aos

²⁴² DI BLASI, Gabriel; GARCIA, Mario S.; MENDES, Paulo Parente M. **A Propriedade industrial: os sistemas de marca, patente e desenho industrial analisados a partir da Lei n. 9279 de 14 de maio de 1996.** Rio de Janeiro: Forense, 1997, pg 4-5.

beneficiários, uma cláusula fazia-se sempre presente: o prazo de validade da concessão, que variava a partir das características do privilégio.

Nos textos das cartas de privilégios, já se percebia a intenção das administrações governamentais de salvaguardar não somente os direitos dos inventores, como também de recompensá-los.(...) Galileu Galilei obteve do Feudo de Veneza o direito exclusivo de fabricar, comercializar e autorizar a terceiros, a fabricação de um 'dispositivo hidráulico de irrigação' que havia inventado.²⁴³

O critério arbitrário e baseado na vontade do soberano sofreu restrições com a aprovação, pelo parlamento Inglês, em 1623, do Statute of Monopolies. Essa lei vigorou por quase dois séculos e influenciou o desenvolvimento do direito da propriedade industrial nos Estados Unidos.

Quando Jehan de Bras de Fer inventou um novo tipo de moinho, em 1611, o governo Francês concedeu-lhe monopólio por 20 anos, semelhante às patentes de hoje.

(...)A primeira patente do continente americano foi concedida pela Corte Geral de Massachusetts, em 1641, a Samuel Winslow para um novo método de fabricação de sal. A primeira patente, no campo da mecânica, foi concedida pela mesma Corte a Jeseph Jenkes, em 1646, para um engenho de ceifar²⁴⁴.

Em 1787 foi anexada à Constituição Americana uma cláusula de proteção aos inventores, por meio de patentes, e aos autores de obras artísticas e literárias. Já, em 1790, o Presidente George Washington sanciona o primeiro Projeto de Lei sobre patente. Nesta lei, era concedido um prazo de 14 anos de exclusividade, esse prazo foi alterado para 17 anos em 1861.

Essas "patentes" concedidas na Europa, até o século XVII, eram simples privilégios, os quais estavam vinculados a critérios políticos de conveniência e oportunidade. Somente com a Revolução Industrial é que essa forma de proteção se tornou necessária,

culminando com a Convenção de Paris, reunida pela primeira vez em 1883, tendo como objetivo a tentativa de harmonização internacional do sistema de propriedade industrial. O exemplo americano demonstra a preocupação em salvaguardar os direitos dos inventores e dos produtos, desde as suas origens. Com a sua evolução tendeu a se aperfeiçoar e ditar modelos e normas a todo o resto do mundo.

O Primeiro documento formal para a proteção da propriedade intelectual, que criou o 'Sistema Mundial de Patentes', foi assinado em 20 de março de 1883, em Paris, originando a 'Convenção de Paris', cujo objetivo era assegurar a seus signatários a possibilidade de obter proteção em países estrangeiros.²⁴⁵

As principais disposições da Convenção de Paris referem-se ao tratamento igualitário da proteção conferida por determinado Estado aos seus nacionais e aos cidadãos dos demais Estados-parte, a proteção internacional à marca notória, algumas regras sobre concorrência desleal e, principalmente sobre o direito de prioridade²⁴⁶.

Segundo Del Nero²⁴⁷ as disposições contidas na Convenção de Paris podem ser reduzidas em três categorias principais:

- a) Procedimento Nacional: cada Estado concede o mesmo direito de proteção às solicitações vindas do próprio país ou do exterior;
- b) Direito de Prioridade: quando uma patente é solicitada em um determinado país signatário da Convenção, o solicitante terá onze meses para requerer a patente em qualquer outro país, também signatário;
- c) Normas que todos os países devem cumprir: as patentes concedidas em diferentes países são independentes entre si, ou seja, cada país é autônomo em sua decisão.

²⁴³ DI BLASI,; GARCIA; MENDES, op.cit., pg 4.

²⁴⁴Ibid., p. 5.

²⁴⁵DI BLASI ; GARCIA; MENDES, op.cit. p. 67

²⁴⁶ HERINGER, Astrid. **Patentes farmacêuticas e propriedade industrial no contexto internacional**. Curitiba: Juruá:2001, p. 22

²⁴⁷DEL NERO, P. A. **Propriedade intelectual**. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 1998, p. 4.

Essas normas contidas na Convenção de Paris, da qual o Brasil é signatário, são de observância obrigatória.

Somente com a Revolução Industrial é que a humanidade percebeu que a criação representava riqueza. A partir daí, demonstra preocupação com a proteção das invenções, com a segurança dos conhecimentos úteis à indústria e, também, com os inventores de novos processos que eram amparados pelo governo.

A Convenção de Paris sofreu sucessivas atualizações, mencionando as mais importantes revisões como: Ata de Bruxelas, de 1900; Ata de Washington, de 1911; Ata de Haia, de 1925; Ata de Londres de 1934; Ata de Lisboa, de 1958; e Ata de Estocolmo, de 1967²⁴⁸.

16.2 O Brasil e a Propriedade Industrial : Evolução Constitucional

O Brasil foi um dos 14 países signatários da Convenção de Paris em 1883. Nessa época, já existia um precedente histórico no país: em 28 de janeiro de 1809, o Rei D. João VI autorizou um Alvará aplicável somente ao Estado do Brasil, concedendo privilégio de invenção, o qual está sujeito a dois requisitos: novidade e utilização, segundo DI BLASI, GARCIA E MENDES²⁴⁹:

A primeira notícia relativa à outorga de privilégios remonta ao ano de 1752 quando, pelo prazo de 10 anos, foi concedido um monopólio para a exploração de 'uma máquina para descascar arroz' pelo seu inventor, proibindo a sua utilização por outros produtores.

Com a chegada da Corte, o momento requeria a reforma patrimonial do Estado. Os privilégios e os monopólios industriais tradicionais tinham de ser reformados e, através do

²⁴⁸ HERINGER, Astrid. op.cit.,p. 21

²⁴⁹ DI BLASI, Gabriel; GARCIA, Mario S.; MENDES, Paulo Parente M. op.cit.,pg 7.

Alvará Régio, foi possível, o primeiro Plano de Desenvolvimento Econômico, o qual se utilizou de três instrumentos principais:

O primeiro foi a criação do *drawback*, ou seja, a eliminação dos impostos incidentes sobre a importação de determinados insumos, quando esses se tornassem necessários para viabilizar o aumento de exportações ou de abastecimento do mercado interno dos setores primordiais.

O segundo era o controle das compras estatais, basicamente do Exército, direcionando a compra de seu fardamento para as indústrias têxteis nacionais.

O terceiro criou o sistema de incentivos ao desenvolvimento da tecnologia, através de patente industriais de concessão prevista em lei, em substituição ao sistema de privilégios individualizados, anteriormente existentes – com vistas a trazer para o Brasil novas indústrias.

Segundo DI BLASI, GARCIA e MENDES:

O texto do Alvará deixa claro que, para conceder privilégios, devem estar presentes a condição de novidade e da aplicabilidade industrial das invenções. Reconhece o direito de exclusividade durante o prazo de 14 anos, e o invento pode desfrutar dos lucros da exploração de sua invenção²⁵⁰.

Foi porém na Constituição brasileira de 1824, que houve a primeira menção, no ordenamento jurídico pátrio de proteção à propriedade industrial, mantendo a mesma menção estabelecida no Alvará de 1809. O art 179, inciso XXVI, assim prescrevia:

"Os inventores terão propriedade de suas descobertas ou das produções. A lei lhes assegurará um privilégio exclusivo e temporário ou lhes remunerará em ressarcimento da perda que hajam de sofrer pela vulgarização".

²⁵⁰ DI BLASI; GARCIA; MENDES, op.cit., p. 8

Essa norma constitucional foi regulamentada pela Lei 1830. Nela, só ao inventor nacional era deferida a patente. Se ficasse provado que o mesmo havia obtido, pelo mesmo invento, patente no exterior, a concessão brasileira ficaria nula. Para os "introdutores de indústria estrangeira", ou seja, quem se estabelecesse no Brasil com tecnologias novas para o país, a lei previa um subsídio, não um monopólio. Como nunca foi votada verba necessária, os ministros da área concederam patentes a estrangeiros, *ad referendum* do poder legislativo.

Quando terminaram as negociações da Convenção de Paris, em 1882, já havia uma nova lei, tão afeiçãoada aos fluxos tecnológicos internacionais que nenhuma adaptação precisou ser feita após a assinatura do tratado.

A Constituição de 1891 conservou a garantia de privilégio aos inventores, e a Constituição de 1934 manteve praticamente inalterado a redação do texto anterior.

A constituição de 1937 não trouxe qualquer referência expressa aos direitos do inventor.

Uma série de leis extravagantes regularam a matéria de marcas, patentes e, eventualmente, de concorrência desleal, do fim do séc. XIX até 1945, quando foi promulgado o primeiro Código de Propriedade Industrial, o Dec. Lei 7.903/45. Esta peça legislativa, cuja elaboração demonstra sofisticação técnica infinitamente maior do que toda legislação anterior, subsistiu – em seus aspectos penais – por mais de meio século, até o início de vigência do novo Código de 1996.

A Constituição de 1946 voltou a dispor de forma expressa sobre os inventores industriais. Nesse sentido, o artigo 141, parágrafo 17 trazia a prescrição "os inventos industriais pertencem aos seus autores, aos quais a lei garantirá privilégios temporários ou, se a vulgarização convier à coletividade, concederá justo prêmio".

O mestre Pontes de Miranda citado em BARBOSA²⁵¹, comenta esse dispositivo:

²⁵¹ BARBOSA, Denis Borges. **O conceito de propriedade intelectual**. Disponível em: <<http://www.denisbarbosa.addr.com/denis2.htm>> Acesso em: 30 maio 2003.

O princípio do parágrafo 17, oriundo de 1824 e de 1891, tem duplo fito: reconhecer que os inventores industriais representam esforços que merecem ser recompensados; salvaguardar o lado social da invenção, permitir que o Estado vulgarize, mediante a paga de prêmio justo, isto é, de acordo com o valor do invento e dos gastos que forma mister.

A Constituição de 1967 trouxe no artigo 150, parágrafo 24, garantias ao direito do inventor:

A lei garantirá aos autores de inventos Industriais privilégios temporários para sua utilização e assegurará a propriedade das marcas de industrias e comércios, bem como a exclusividade do nome comercial.

Por fim a Constituição de 1988, no artigo 5º inciso XXIX, trouxe a seguinte prescrição:

A lei assegurará aos autores dos inventos industriais privilégios temporários para sua utilização, bem como proteção às criações industriais, à propriedade das marcas, aos nomes de empresas e a outros signos distintivos, tendo em vista o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do país.

Ao contrário de seus antecessores de 1945, 1967 e 1969, todos decretos-lei, o Código de 1971 foram votados pelo Congresso Nacional, em discussão com a indústria nacional e estrangeira e os advogados. Exercício democrático, a votação da lei não escapou das intervenções informais, propiciadas pelo clima político e ideológico da época, mas também refletia a influência técnica, especialmente alemã, propiciada pelo início do programa de assistência da Organização Mundial da Propriedade Industrial.

As alterações ocorridas após 1971 resultaram das relações comerciais do Brasil com outras nações, em especial com as grandes potências econômicas. O processo de negociação diplomática relativa a patentes, teve início em junho de 1987, a pedido de representantes de laboratórios norte-americanos. Estes alegavam que o Brasil copiava seus produtos e os distribuía no mercado livremente.

O governo norte-americano acusou o Brasil de prejudicar os interesses de suas empresas e determinou sanções comerciais contra o Brasil, anunciadas em 20 de outubro de 1987.

Em 1990, o governo Collor, recém-eleito, comprometeu-se a elaborar uma nova legislação para proteger as patentes farmacêuticas. Devido a isso os Estados Unidos cessaram as sanções.

A origem do processo de mudança da lei de propriedade industrial é, indubitavelmente, a pressão exercida pelo Governo dos Estados Unidos, a partir de 1987 através de sanções unilaterais impostas sob a seção 301 do *Trade Act*. Conjuntamente a essa pressão externa, a política do Governo Collor, para o setor tecnológico, embora ressoando as propostas da nova Política Industrial do governo anterior, contempla políticas de diminuição de proteções ao mercado interno. Dessas posturas derivam as propostas de reforma do Código da Propriedade Industrial, da Lei de *Software*, da Lei de Informática, da Lei do Plano Nacional de Informática e Automação, a elaboração de um anteprojeto sobre a topografia de semicondutores e a extinção de praticamente todos os incentivos fiscais ao desenvolvimento tecnológico.

Coube à comissão Interministerial instituída pela Portaria Interministerial no. 346 de julho de 1990 a tarefa de elaborar o primeiro projeto de lei, que finalizou com a Lei 9.279/96. Em várias ocasiões, a Comissão ouviu as associações, empresas e entidades governamentais interessadas, inclusive a Associação Brasileira da Propriedade Industrial e a Associação Brasileira dos Agentes da Propriedade Industrial.

Pelo que se refere ao Título I, que trata das patentes, o projeto do Executivo foi, em linhas gerais, bem concebido e redigido, com diretrizes técnicas bastante claras.

O projeto recebeu oposição e pressões em diversos momentos, mas foi promulgado em 14 de maio de 1996 e passou a vigorar em 1997, com exceção de alguns

dispositivos específicos do chamado *pipeline*, que entraram em vigor na data da publicação da referida lei.

A aprovação unânime da lei n. 9.279 revelou uma mudança de mentalidade dos parlamentares brasileiros, cujo objetivo foi inserir o país na era da economia globalizada. Desta forma, a legislação nacional estaria em harmonia com as leis das principais potências mundiais, que detêm os processos de pesquisa científica e de criação de novos produtos e técnicas²⁵².

A evolução histórica demonstra a preocupação em proteger e incentivar a pesquisa e a invenção, bem como o inventor. Medida que busca a ampliação da comunidade científica em seus produtos, métodos e procedimentos, com a finalidade de trazer benefícios ao seres humanos em suas vidas diárias, na solução e minimização de doenças, na criação de novos produtos que tragam conforto e utilidade ao homem e em mecanismos industriais que gerem o desenvolvimento e crescimento das nações.

Todavia, é preciso evidenciar a importância de se ter produtos acessíveis a todos os que dele necessitem, principalmente a disposição destes em casos de comoção social, de epidemia, de doenças graves. Nesses momentos delicados para os países, é necessário todo o tipo de mobilização, social, econômica e jurídica, com a possibilidade de quebrar direitos estabelecidos, para satisfazer o bem jurídico maior tutelado.

O acesso a alguns medicamentos é restrito aos países em desenvolvimento, principalmente devido ao alto custo dos mesmos. Coloca-se em risco a manutenção da garantia da prestação do Estado no fornecimento aos doentes que necessitam dos medicamentos em seus tratamentos.

O Estado deve assegurar o direito de acesso aos medicamentos, em casos que ferem direitos constitucionais, individuais e coletivos, pois sua capacidade social, econômica,

²⁵² DI BLASI, Gabriel; GARCIA, Mario S.; MENDES, Paulo Parente M. op.op. pg 13.

e de desenvolvimento de tecnologia, é incompatível para concorrer num mercado fechado pelas patentes e com características de oligopólio, que assegura exclusividade aos inventos e a proteção do processo.

O que deverá prevalecer? A preservação de patentes, exclusividade de produtos e processos, a utilização irrestrita pelos órgãos do Governo para sanar seus problemas sociais, ou uma conciliação entre o direito à propriedade de patentes e os direitos fundamentais ao ser humano, como a saúde, que são assegurados pela Constituição Federal?

17 Lei nº 9.279/96: Lei de Propriedade Industrial

A lei 9.279/96 aprovada em 10/04/96 e sancionada sem vetos em 14/05/96, passando a vigorar plenamente a partir de 15/05/97, possui como objetivo conciliar a legislação nacional sobre propriedade industrial com as leis das principais potências mundiais, as quais dominam os processos de pesquisa científica e a criação de novos produtos e técnicas²⁵³.

Essa lei, conforme suas disposições preliminares, visa a concessão de patentes de invenção e de modelo de utilidade; concessão de registro de desenho industrial; concessão de registro de marcas; repressão às falsas indicações geográficas; e repressão à concorrência desleal. Incide também, sobre os pedidos de patente ou registro procedentes do exterior e aqui depositados para quem tenha proteção assegurada por tratado ou convenção em vigor no Brasil; assim como aos estrangeiros ou pessoas domiciliadas em algum país que assegure aos brasileiros ou às pessoas domiciliadas no Brasil a reciprocidade de direitos idênticos ou de igual valor. Os tratados em vigor, no Brasil, são aplicáveis às pessoas físicas e jurídicas nacionais ou aqui domiciliadas em igualdade de condições.

E mais, essa lei contempla algumas novidades, como: registro de desenhos industriais; as marcas coletivas e de certificação; os crimes contra a propriedade industrial; os crimes de concorrência desleal; o *pipeline*.

Pipeline – definição genérica: refere-se à proteção de propriedade concedida a um conjunto de produtos (inventos) que ainda se encontra em fase de desenvolvimento e um conjunto de produtos recém-desenvolvidos, já lançado no país de origem ou em algum outro mercado, mas ainda não lançado no mercado nacional.²⁵⁴

²⁵³ DI BLASI, Gabriel; GRACIA, Mario Soerensen; MENDES, Paulo Parente M.op.cit., p.281.

²⁵⁴Ibid, p.9.

Assim como a inclusão da patente para as substâncias, matérias ou produtos obtidos por meios e processos químicos e as substâncias, matérias, misturas ou produtos alimentícios, químico-farmacêuticos e medicamentos de qualquer espécie, bem como os respectivos processos de obtenção ou modificação.

Por questões metodológicas, o presente artigo não tratará dos títulos II, III e IV da Lei nº 9.279/96, visto que não fazem parte do objeto da presente pesquisa.

17.1 Das Patentes

A patente “é o direito outorgado pelo Governo de uma nação a uma pessoa, a qual confere a exclusividade de exploração do objeto de uma invenção, ou de um modelo de utilidade, durante um determinado período em todo o território nacional”²⁵⁵. O conjunto de normas que amparam as invenções voltadas para a indústria compreende-se como sistema de patentes, e essas normas de patentes são adotadas por muitas nações.

17.1.1 Titular de Patentes

É assegurado ao autor da invenção ou modelo de utilidade o direito de obter a patente que lhe garanta a propriedade. Podendo ser requerida em nome próprio, que é o que acontece na realidade; ou por seus herdeiros se na época de requerer a patente o autor já tiver falecido; por seus sucessores no caso de morte do autor, sendo que nas duas últimas hipóteses é necessário limitar-se ao o que dispõe o Código Civil com relação à sucessão legítima²⁵⁶.

Poderá também ser requerida pela empresa cessionária, aparecendo o autor apenas como o inventor, sendo que esse, através de documento hábil, cede ou transfere à empresa requerente do pedido de patente todos os seus direitos patrimoniais sobre o invento.

²⁵⁵Ibid. p.29.

Outra hipótese é aquela em que a lei ou o Contrato de Trabalho ou Prestação de Serviços determinar quem é o titular, nestas duas hipóteses poderá requerer a patente tanto o autor como o contratador do trabalho ou da prestação de serviços, geralmente o que ocorre, nesses casos, é o empregado ou prestador de serviços figurar apenas como o inventor e a propriedade ser da empresa desde o seu requerimento.

No caso da invenção ser realizada por duas ou mais pessoas, o pedido de patente poderá ser requerido por todas ou por qualquer delas, ficando claro que o pedido deverá ser requerido em nome de todas as pessoas, não deixando margem de dúvidas sobre a propriedade da invenção ou modelo de utilidade. Mas no caso de algum dos inventores não desejar aparecer como autor e conseqüentemente como proprietário do invento, o mesmo deverá firmar documento juntamente com os demais inventores ressaltando esse fato.

Pode o autor, já nomeado e qualificado, solicitar a não divulgação de sua nomeação, contudo, outro deverá ocupar o seu lugar, pois uma das formalidades essenciais para se requerer o pedido de patente é o preenchimento do nome do inventor.

No caso de dois ou mais autores realizarem uma invenção ou modelo de utilidade, independente um do outro, o direito de obtenção da patente será daquele que provar o depósito mais antigo, independentemente das datas de invenção ou criação.

Mediante a publicidade das invenções na Revista da Propriedade Industrial, pretende-se tornar mais eficaz a maneira de evitar as pretensas invenções, onde qualquer interessado, tomando conhecimento das várias publicações que ocorrem durante a tramitação do pedido tem a possibilidade de se rebelar contra e, através de provas hábeis denunciar como sua a invenção. No caso de retirada de depósito anterior que não tenha produzido qualquer efeito, dará prioridade ao depósito imediatamente posterior.

²⁵⁶ Arts. 26 ao 39 do Código Civil Brasileiro. In: CAHALI, Yussef Said (Org.). **Novo Código Civil: Lei 10.406/2002, em vigor a partir de 11.01.2003**. 4 ed. São Paulo: RT, 2002, p.4.

17.2 Patenteabilidade

17.2.1 As invenções e Modelos de Utilidade passíveis de Patentes

Será patenteável toda invenção que atenda aos seguintes requisitos: de novidade²⁵⁷, de atividade inventiva²⁵⁸ e de aplicação industrial²⁵⁹.

Será patenteável o modelo de utilidade quando for um objeto de uso prático, ou parte deste, que seja suscetível de ser produzido industrialmente; que apresente nova forma ou disposição; que envolva ato inventivo, ou seja, que crie algo até então inexistente, e que resulte em melhoria funcional no seu uso ou em sua fabricação.

Serão considerados novos, tanto a invenção quanto o modelo de utilidade quando não compreendidos no estado da técnica, ou seja, quando não forem acessíveis ao público antes da data de depósito do pedido de patente, seja por descrição escrita ou oral, por uso ou qualquer outro meio, no Brasil e no exterior²⁶⁰. Não é considerado como estado da técnica, conforme os arts. 12, 16 e 17 da Lei 9.279/96, a divulgação de invenção ou modelo de utilidade ocorrida durante 12 (doze) meses que antecedem a data de depósito ou a da prioridade do pedido de patente solicitada ou requerida pelo inventor, pelo INPI – Instituto Nacional de Propriedade Industrial ou por terceiros com base em informações obtidas direta ou indiretamente do inventor.

Não se consideram invenção nem modelo de utilidade as descobertas, teorias científicas e métodos matemáticos; as concepções puramente abstratas, pois por se tratarem de um estado de alheamento do espírito faltam-lhes os requisitos para a obtenção da patente que são a atividade inventiva e a aplicação industrial; os esquemas, planos, princípios ou métodos

²⁵⁷ Novidade está presente quando a invenção não estiver compreendida no estado da técnica, ou seja, quando não se tornar acessível ao público antes da data de depósito do pedido de patente, seja por descrição escrita ou oral, por uso ou qualquer outro meio.

²⁵⁸ Entende-se por atividade inventiva a virtude ou faculdade de idealizar, criar algo até então inexistente.

²⁵⁹ O requisito de aplicação industrial se refere aquele invento que possa ser empregado industrialmente, podendo ser produzido ou utilizado em qualquer tipo de indústria.

comerciais, contábeis, financeiros, educativos, publicitários, de sorteio e de fiscalização, proibição contida em praticamente todas as leis estrangeiras de patentes; as obras literárias, arquitetônicas, artísticas e científicas ou qualquer criação estética, pois todas essas obras já possuem sua proteção específica na Lei 5.988/73 que regula os Direitos Autorais; programas de computador; apresentação de informações; regras de jogo; técnicas e métodos operatórios ou cirúrgicos, bem como métodos terapêuticos ou de diagnóstico, para aplicação no corpo humano ou animal. No entanto, pode ser objeto de patente de invenção os aparelhos, equipamentos, dispositivos e outros utilizados na cirurgia em geral, na medicina, na farmácia, etc; e todo ou parte de seres vivos naturais e materiais biológicos encontrados na natureza, ou ainda que dela isolados, inclusive o genoma ou germoplasma de qualquer ser vivo natural e os processos biológicos naturais.

17.2.2 Direito de Prioridade

Será assegurado o direito de prioridade nos prazos estabelecidos em lei, ao pedido de patente depositado em país que mantenha acordo com o Brasil.

Esse pedido se refere àquele feito em consonância com os princípios instituídos pela Convenção da União de Paris de 20.03.1883 e a organização internacional que produz efeito de depósito nacional é o Tratado de Cooperação em Matéria de Patentes (PCT), concluído em Washington em 19.06.1970 e a European Patent Convention, firmada em 05.10.1973, ambos com inúmeras revisões²⁶¹ e o depósito não serão invalidados nem prejudicados por fatos ocorridos nesses prazos, como por exemplo, outro pedido, publicação da invenção ou sua exploração.

²⁶⁰ CASTILHO, Ela Wiecko Volkmer de. **Patentes de produtos de origem biológica**. In: PICARELLI; ARANHA, op.cit. p.71.

A reivindicação de prioridade será feita, conforme disposto no art.16 da Lei, no ato do depósito, podendo ser suplementada dentro de 60 (sessenta) dias se houver outras prioridades a serem reivindicadas “é de se observar, contudo, que tanto a primeira como todas as demais e/ou eventuais reivindicações de prioridade deverão estar compreendidas dentro do prazo de um ano para as patentes de invenção e de modelos de utilidade”²⁶².

Será comprovada a reivindicação de prioridade por documento hábil da origem, o qual deverá conter número, data, título, relatório descritivo e se for o caso, reivindicações e desenhos, acompanhado de tradução simples da certidão de depósito ou documento equivalente, contendo dados identificadores do pedido, sendo esses de inteira responsabilidade do depositante.

As reivindicações, conforme claramente estipulado pelo art.25 infra, são as que, efetivamente, caracterizam as particularidades do pedido e delimitam a matéria objeto de proteção. Logo, em todo pedido nacional ou procedente do estrangeiro as reivindicações terão que fazer parte integral e indistacável do mesmo²⁶³.

Se a comprovação não for efetuada por ocasião do depósito, ela deverá ocorrer em 180 (cento e oitenta) dias a contar desse. Conforme prevê o §4º do art.16, para os pedidos internacionais depositados em virtude de Tratado em vigor no Brasil, a tradução prevista no § 2º do mesmo artigo deverá ser apresentada no prazo de 60 (sessenta) dias contados da data da entrada no processamento nacional. No caso do pedido depositado aqui estar fielmente contido no documento da origem, será suficiente uma declaração do depositante a este respeito para substituir a tradução simples.

²⁶¹ SOARES, José Carlos Tinoco. **Lei de patentes, marcas e direitos conexos: Lei 9.279, 14.05.1996**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p.43.

²⁶² Ibid., p. 45.

²⁶³ Ibid., p.46.

Tratando-se de prioridade de cessão, o documento correspondente deverá ser apresentado no prazo de 180 (cento e oitenta) dias contados do depósito, ou, se for o caso, em até 60 (sessenta) dias da data da entrada no processamento nacional dispensada a legislação consular no país de origem. A falta de comprovação nos prazos estabelecidos no art.16 acarretará a perda da prioridade. No caso do interessado querer antecipar a publicação de seu pedido realizado no Brasil, deverá fazê-lo somente após a comprovação do documento de prioridade, com sua tradução simples. Se tal comprovação não se efetivou com o depósito, deverá promovê-la, conjuntamente, com o pedido de publicação antecipada.

Conforme previsto no art.17 da Lei de Patentes, o pedido de patente de invenção ou modelo de utilidade depositado originalmente no Brasil, sem reivindicação de prioridade e não publicado, assegurará o direito de prioridade ao pedido posterior sobre a mesma matéria depositado no Brasil pelo mesmo requerente ou sucessores, dentro do prazo de 1 (um) ano.

Fica a prioridade apenas para a matéria relevada no pedido anterior, não se estendendo a matéria nova introduzida, sendo considerado definitivamente arquivado o pedido anterior. O pedido de patente originário de divisão de pedido anterior não servirá de base a reivindicação de prioridade.

17.2.3 Invenções e Modelos de Utilidade Não Patenteáveis

O art.18 da Lei de patentes prevê que não será patenteável o que for contrário à moral, aos bons costumes e à segurança, à ordem e à saúde pública; as substâncias, matérias, misturas, elementos ou produtos de qualquer espécie, bem como a modificação de suas propriedades físico-químicas e os respectivos processos de obtenção ou modificação, quando resultantes de transformação do núcleo atômico; e todo ou parte dos seres vivos, exceto os

microorganismos transgênicos que atendam aos três requisitos de patenteabilidade: novidade, atividade inventiva e aplicação industrial e que não sejam simples descobertas.

São considerados microorganismos transgênicos, para os fins desta Lei, exceto o todo ou parte de plantas ou de animais, os organismos que expressem, mediante intervenção humana direta em sua composição genética, uma característica normalmente não alcançável pela espécie em condições naturais²⁶⁴.

17.3 Do pedido de Patente

17.3.1 O Depósito do Pedido de Patente

As condições estabelecidas pelo INPI para ter o pedido de patente, conforme disposto no art.19, fixam que o mesmo deverá conter o requerimento.

O requerimento inicial, segundo o Ato Normativo n.18 de 11.05.1976, constitui o modelo n.I, padronizado pelo Instituto Nacional de Propriedade Industrial, contendo espaço para o número e data do protocolo local das delegacias regionais e o protocolo central que receberá o número definitivo de depósito do INPI; o nome completo do depositante e sua inscrição no Cadastro Geral das Pessoas Físicas, se pessoa física ou no Cadastro Geral dos Contribuintes, se pessoa jurídica. (Se, no entanto, tratar-se de pessoa física ou empresa estrangeira será dispensado o preenchimento destas duas últimas inscrições); o endereço completo e localidade; os quadros indicativos da patente a ser requerida, ou seja, “PI” para patente de invenção e “MU” para patente de modelo de utilidade; o nome do país, o número de depósito e a data do depósito, quando houver prioridade unionista; o título da patente; o nome completo do inventor e/ou dos inventores, sua qualificação e endereço, quando o

²⁶⁴ Art. 18 da Lei 9.279, de 14 de Maio de 1996. In. DI BLASI... p.284

depositante for pessoa jurídica e/ou terceiros; o nome e endereço do procurador, com a indicação de sua inscrição no Cadastro Geral dos Contribuintes se pessoa jurídica ou no Cadastro²⁶⁵; relatório descritivo; reivindicações; desenhos, se for o caso; resumo; e comprovante de pagamento da retribuição relativa ao depósito.

Sendo apresentado o pedido, que poderá ser feito às Delegacias Regionais localizadas em algumas Unidades da Federação ou diretamente à sede central no Rio de Janeiro mediante o preenchimento de modelo padronizado, o mesmo será, primeiramente, submetido a exame formal, que é realizado pelo setor correspondente do INPI e diz respeito aos atendimentos das normas vigentes para a elaboração dos documentos integrantes do pedido e, se devidamente instruído, será protocolizado mediante numeração mecânica com data-hora-minuto, sendo que essa numeração mecânica é crescente e contínua sempre acompanhada da dezena correspondente ao ano, portanto, inicia nova numeração a cada início de ano. Considera-se a data de depósito a de sua apresentação.

Se o pedido não atender ao disposto no art. 19 da Lei 9.279/96, mas contiver dados relativos ao objeto, ao depositante ou ao inventor poderá ser entregue ao INPI, mediante recibo datado, o qual estabelecerá as exigências a serem cumpridas, no prazo de 30 (trinta) dias sob pena de devolução ou arquivamento da documentação. Cumpridas essas exigências, o depósito será considerado efetuado na data do recibo.

17.3.2 As Condições de Pedido

Deverá o pedido se referir a uma única invenção ou a um grupo de invenções inter-relacionadas, mas que compreendam um único conceito inventivo. Já, o pedido de modelo de utilidade deverá se referir a um único modelo que poderá incluir uma pluralidade de

²⁶⁵ SOARES, op.cit., p.53

elementos distintos, como por exemplo: adicionais ou variantes, construtivas ou configurativas, porém, sob a mesma unidade técnico-funcional e corporal do objeto.

O relatório descritivo do pedido, tanto da invenção como do modelo de utilidade, deverá descrever de maneira clara e suficiente o objeto, para que se possibilite sua realização mediante um técnico no assunto e, se for o caso, indicar a melhor forma de execução.

Com relação ao material biológico essencial à realização prática do objeto do pedido, e que não pode ser descrito na forma deste artigo, se não estiver acessível ao público, caberá ao INPI escolher uma Instituição ou se utilizar daquelas existentes no Tratado de Budapest²⁶⁶ para o depósito da amostra e para possibilitar a comprovação do objeto do pedido de patente. O relatório descritivo deve conter a fundamentação das reivindicações, caracterizando as particularidades do pedido e definindo a matéria objeto de proteção de maneira clara e precisa.

Poderá ser dividido o pedido de patentes em dois ou mais, documentos, podendo ser de ofício ou a requerimento do depositante, ocorrendo até o final do exame, desde que o desdobramento faça referência específica ao pedido original e não exceda à matéria revelada constante no pedido original. Portanto, o requerimento de divisão que esteja em desacordo com essas condições será arquivado. Os pedidos divididos terão a data de depósito constante no pedido original e o benefício de prioridade desse. Cada pedido dividido ficará sujeito a pagamento das retribuições correspondentes.

Será obrigatoriamente publicado o pedido de patente retirado ou abandonado. O pedido de retirada deve ser apresentado em até 16 (dezesseis) meses, a serem contados da data do depósito ou da prioridade mais antiga. Sendo retirado um depósito anterior, sem produção de qualquer efeito, dar-se-á prioridade ao depósito imediatamente posterior²⁶⁷.

²⁶⁶ Tratado de Budapest é o *Budapest Treaty On The International Recognition Of The Deposit Of Microorganisms For The Purposes Of Patent Procedure*, celebrado em 28 de abril de 1977.

17.3.3 O Processo e o Exame do Pedido

A publicação do pedido de patente será mantido em sigilo durante 18 (dezoito) meses, contados da data de depósito ou da prioridade mais antiga, quando houver. Faz-se, com exceção aos amparados no capítulo concernente à patente de interesse da defesa nacional, conforme previsto no artigo 75 da Lei de patentes.

Poderá a publicação ser antecipada também a pedido do próprio depositante, mediante o formal requerimento de publicação antecipada.

Na publicação deverá constar dados especificadores do pedido de patente, como: nome completo do depositante, número e data do depósito, número e data da prioridade e, se houver, cópia de pelo menos um desenho e da primeira reivindicação com o respectivo título. O INPI ficará com uma cópia do relatório descritivo, das reivindicações, do resumo e dos desenhos que estará à disposição do público.

Nos pedidos de patente que envolvem material biológico, quando o objeto do pedido não pode ser descrito de maneira clara e suficiente e de modo a possibilitar sua realização por técnico do assunto, o mesmo deverá ser depositado em instituição autorizada pelo INPI ou indicada em acordo internacional. No entanto, após a publicação do pedido de patente o material biológico ficará à disposição do público²⁶⁸.

Quando publicado o pedido de patente e até o final do exame, os interessados terão a faculdade de apresentação de documentos e informações para subsidiarem o exame. Contudo, a lei não estipula prazo para esse fato, no entanto, conforme parágrafo único do art.31 o exame não será iniciado antes de decorridos 60 (sessenta) dias da publicação, portanto, é viável que a apresentação desses documentos e informações seja feita neste prazo.

²⁶⁷ SOARES, op. cit., p. 66-72

²⁶⁸ Art. 30 da Lei 9.279, de 14 de maio de 1996. In. DI BLASI... p.285

Poderá o depositante, com o objetivo de melhor esclarecer ou definir o pedido de patente, efetuar alterações até o requerimento do exame, desde que estas se limitem à matéria inicialmente revelada no pedido, ou seja, deverão cumprir os requisitos que dizem respeito ao estado da técnica.

O exame do pedido de patente da invenção ou modelo de utilidade poderá ser requerido, tanto pelo depositante como por qualquer terceiro interessado, no prazo de 36 (trinta e seis) meses contados da data do depósito, sob pena do arquivamento do pedido. No entanto, dentro do prazo de 60 (sessenta) dias contados do arquivamento, o depositante poderá requerer o desarquivamento mediante pagamento de retribuição específica²⁶⁹.

Uma vez requerido o exame e sempre que solicitado, o depositante deverá completar integralmente o pedido de patente, no prazo de 60(sessenta) dias, sob pena de arquivamento do pedido, com os seguintes dados: objeções, buscas de anterioridade e resultados de exame para concessão de pedido correspondente em outros países, quando houver reivindicações de prioridade; documentos necessários à regularização do processo e exame de pedido; e tradução simples do documento hábil conforme referido no art.16,§2²⁷⁰.

O exame será realizado levando-se em conta o seu aspecto formal, técnico e prévio, sendo elaborado um relatório de busca e parecer relativo a : patenteabilidade do pedido, realizada por pessoas peritas que fazem parte integrante do órgão oficial ou são contratadas para esse fim. Quando necessário, será solicitada adaptação do pedido à natureza reivindicada, ou se for preciso, será solicitada a reformulação do pedido ou divisão, proporcionando-se as exigências técnicas nesse sentido²⁷¹.

Se o parecer for pela não patentabilidade ou pelo não enquadramento do pedido na natureza reivindicada ou formular qualquer exigência, o depositante será intimado a

²⁶⁹ Art. 33 da Lei 9.279, de 14 de maio de 1996. Idem. P.286

²⁷⁰ PAES, P.R.Tavares. **Nova lei da propriedade industrial : Lei 9.279 – 14.05.96: Anotações**. São Paulo: RT, 1996, p. 50.

²⁷¹ Art.35 da Lei 9.279, de 14 de maio de 1996. In. DI BLASI... p. 286.

manifestar-se no prazo de 90 (noventa) dias. No caso do depositante não responder a exigência, o pedido será arquivado definitivamente. Se, no entanto, a exigência for respondida, mesmo não tendo sido cumprida integralmente ou não tendo sido devidamente contestada sua formulação, dar-se-á prosseguimento ao exame.

Conclui-se que no exame do pedido de patente de invenção ou modelo de utilidade, será proferida a decisão, deferindo ou indeferindo o pedido.

17.4 A Concessão e a Vigência da Patente

17.4.1 A Concessão da Patente

A patente será concedida somente após o deferimento do pedido e realizado o pagamento da retribuição correspondente, expedindo-se a respectiva Carta-Patente. Devem ser realizados o pagamento da retribuição e respectiva comprovação no prazo de 60 (sessenta) dias contados do deferimento do pedido. A retribuição poderá ainda ser paga e comprovada dentro de 30 (trinta) dias após o prazo acima referido, independentemente de notificação, mediante pagamento de retribuição específica, sob pena de arquivamento definitivo do pedido se decorrido todo esse prazo global de noventa dias e não for efetuado o pagamento, o pedido de patente será arquivado de forma definitiva e por via de consequência colocando-se o seu objeto no estado da técnica, o que vale dizer, no domínio público, podendo ser explorado por quem quer que seja.²⁷²

A patente, tem-se como concedida, finalmente, no momento em que o INPI promover a publicação do respectivo ato concessivo na Revista da Propriedade Industrial.

²⁷² SOARES, op.cit., p.81

A carta-patente deverá conter o número, com a respectiva indicação abreviada, ou seja, “PI” para patente de invenção e de “MU” para modelo de utilidade; o título da invenção de forma completa; a natureza da patente concedida; o nome do inventor (salvo se requerido a sua não divulgação conforme art. 6º, § 4º dessa Lei); qualificação e domicílio do titular; prazo de vigência e a data em que foi conferida e todos os dados da prioridade, quando reivindicada. Segundo Tinoco Soares, todos esses dados deverão estar especificados na capa do documento, sendo que em apenso deverão estar o relatório descritivo, as reivindicações, o resumo e se houver, os desenhos²⁷³.

17.4.2 A Vigência da Patente

Vigorará, a patente de invenção, pelo prazo de 20 (vinte) anos e a de modelo de utilidade, pelo prazo de 15 (quinze) anos contados da data de depósito.

O prazo de vigência não será inferior a 10 (dez) anos para a patente de invenção e de 7 (sete) anos para a patente de modelo de utilidade, a contar da data de concessão, ressalvada a hipótese de o INPI estar impedido de proceder ao exame de mérito do pedido, por pendência judicial comprovada ou por motivo de força maior.

Deixa, no entanto, margem a duas outras possibilidade sob a peia de “ressalvas”, ou melhor, a consequência do impedimento de processar o exame de mérito do pedido por pendência judicial comprovada ou por motivo de força maior.

²⁷³ SOARES, op.cit., p. 82.

17.5 Proteção conferida pela Patente

17.5.1 Os Direitos

Com base na interpretação do relatório descritivo, nos desenhos e pelo teor das reivindicações, é que se determinará a extensão da proteção conferida pela patente. Esta confere ao seu titular o direito de impedir que terceiro, sem o seu consentimento, produza, use, coloque à venda, venda ou importe com esses propósitos o produto objeto de patente; ou o produto ou processo obtido diretamente por processo patenteado (ocorrerá violação de direito de processo de patente quando o possuidor ou proprietário não comprovar, mediante determinação judicial específica, que o seu produto foi obtido por processo de fabricação diverso daquele protegido pela patente)²⁷⁴.

Poderá o titular impedir que terceiros contribuam para que outros pratiquem os atos referidos no art.42 da Lei 9.279/96.

Não constitui infração à patente, conforme art. 43 da Lei de Patentes:

a) os atos que visam a utilização do objeto de patente ou processo por terceiros sem autorização, desde que sejam em caráter privado e sem finalidade comercial e que não acarretem prejuízo econômico ao titular da patente;

a) aqueles atos que tiverem finalidade experimental, relacionados a estudos ou pesquisas científicas ou tecnológicas;

b) quando se tratar de preparação de medicamento de acordo com prescrição médica para casos individuais que será executada por profissional habilitado, bem como ao medicamento assim preparado;

²⁷⁴ PAES, op. cit., p.59-61.

c) o produto fabricado de acordo com patente de processo ou de produto e que for colocado no mercado interno pelo titular da patente ou por seu consentimento;

d) a terceiros que irão utilizar o objeto patenteado, no caso de patentes relacionadas com matéria viva e sem fim econômico, como uma fonte inicial de variação ou propagação para obter outros produtos;

e) e ainda no caso de patente relacionado à matéria viva, os terceiros que a utilizam, venham a pôr em circulação ou comercializem um produto patenteado que tenha sido introduzido licitamente no comércio pelo titular da patente ou por detentor de licença, desde que o produto patenteado não seja utilizado para multiplicação ou propagação comercial da matéria viva em causa.

É assegurado ao titular da patente o direito de indenização pela exploração indevida de seu objeto, inclusive àquela ocorrida entre a data de publicação do pedido e a da concessão da patente, no entanto, se o infrator obteve conhecimento antes da publicação, contar-se-á o período de exploração a partir da data de início da mesma; quando se tratar de material biológico, depositado na forma do parágrafo único do art.24 da Lei 9.279/96, o direito de indenização só será conferido quando o material biológico se tornar acessível ao público; o pedido de indenização será limitado ao conteúdo do seu objeto patenteado²⁷⁵.

O art. 45 da Lei de Patentes trata do usuário anterior, à pessoa de boa-fé que, antes da data de depósito ou de prioridade de pedido de patente, já explorava seu objeto em seu país. A ele fica assegurado o direito de continuar a exploração, sem ônus, na forma e condições anteriores. No entanto, o direito só poderá ser cedido juntamente com o negócio ou empresa, ou parte desta que tenha direta relação com a exploração do objeto da patente, por alienação ou arrendamento. Não será assegurado esse direito a pessoa que tenha tido conhecimento do objeto de patente através de divulgação na forma prevista no art.12 da Lei

²⁷⁵ Art. 44 da Lei 9.279, de 14 de maio de 1996. In: DI BLASI... p.288

9.279/96, desde que o pedido tenha sido depositado no prazo de 1 (um) ano, contado da divulgação.

17.6 Nulidade da patente

Será nula a patente que foi concedida contrariando as disposições da Lei 9.279/96. No entanto, a nulidade poderá não incidir sobre todas as reivindicações, mas para isso é necessário que as reivindicações subsistentes constituam matéria patenteável por si mesmas. A partir da data do depósito de patente é que sua nulidade surtirá efeito. No caso da inobservância do art.6º da Lei 9.279/96, que confere ao autor o direito de obter a patente de invenção ou modelo de utilidade, o inventor poderá reivindicar a adjudicação da patente.

Adjudicar é declarar judicialmente que uma coisa, ou parte ideal dela, pertence a alguém; é assegurar judicialmente a alguém a propriedade de bens que deviam ser ou foram levados a hasta pública, nos casos em que esta formalidade não pode ser dispensada. A adjudicação, por seu turno, nos vem do latim (*ad judicatione*), isto é, concessão por sentença ou julgamento.²⁷⁶

Será declarada administrativamente a nulidade da patente quando não tiver atendido qualquer dos requisitos legais; o relatório e as reivindicações não atenderem ao disposto nos arts. 24 e 25 da Lei de patentes; o objeto de estenda além do conteúdo do pedido originalmente depositado; ou se for omitida qualquer das formalidades essenciais à concessão no momento de seu processamento.

Poderá ser instaurado o processo de nulidade de ofício, mediante requerimento de qualquer pessoa com legítimo interesse, no prazo de 6 (seis) meses contados da concessão da

²⁷⁶ SOARES, op. cit..p. 49

patente, prosseguindo o processo de nulidade mesmo que extinta a patente. O titular terá 60 (sessenta) dias para se manifestar à intimação que deverá ser publicada na Revista da Propriedade Industrial.

Quer o intimado tenha se manifestado ou não, o INPI emitirá um parecer, será conferido um novo prazo de 60 (sessenta) dias para que o titular e o requerente se manifestem. Passado esse prazo, havendo ou não manifestações, o processo será decidido pelo Presidente do INPI, encerrando-se a instância administrativa.

A ação de nulidade poderá ser proposta pelo INPI ou por qualquer pessoa com legítimo interesse, e a qualquer tempo da vigência da patente. Poderá ser argüida a qualquer tempo como matéria de defesa.

Poderá o juiz determinar a suspensão dos efeitos da patente, preventiva ou incidentalmente, se forem atendidos os requisitos processuais próprios.

Tendo o réu titular um prazo de 60 (sessenta) dias para resposta. Após, transitado em julgado a decisão da ação de nulidade, o INPI publicará anotação²⁷⁷.

17.7 Da cessão e das anotações

Tanto o pedido de patente como a patente de invenção ou modelo de utilidade poderão ser cedidos ou transferidos a terceiros, desde que formalizada por documento hábil e ambos de conteúdo indivisível, ou seja, a patente em si é indivisível, mas o que se divide é a sua propriedade, que poderá ser cedido total ou parcialmente. Havendo cessão, o INPI fará as seguintes anotações: da cessão, fazendo constar a qualificação completa do cessionário; se for de qualquer limitação ou ônus que recai sobre o pedido ou a patente, como também no caso

²⁷⁷ Comentários dos artigos 46 ao 57 da Lei 9.279, de 14 de Maio de 1996. In. DI BLASI... p. 288-289.

de alterações de nome, sede ou endereço do titular. A partir da data de publicação dessas alterações é que produzirão efeito em relação a terceiros.

17.8 Das Licenças

17.8.1 Licença Voluntária

Poderá o titular de patente, assim como o depositante celebrar contrato de licença para a exploração, cujo ato deverá ser revestido de formalidades legais. E o licenciado poderá ser investido pelo titular de todos os poderes para que aja em defesa da patente. Esse contrato de licença será averbado pelo INPI, para que surta efeitos em relação a terceiros e que produzirá efeitos a partir da data de sua publicação. No entanto, para efeito de validade de prova de uso, não precisará estar averbado pelo INPI. Se houver aperfeiçoamento na patente licenciada, esse pertencerá a quem o fizer, ficando assegurado à outra parte contratante o direito de preferência para seu licenciamento.

17.8.2 Oferta de Licença

Pode o titular da patente de invenção ou modelo de utilidade solicitar ao INPI que a coloque em oferta para fins de exploração. Se isso ocorrer, o órgão promoverá a publicação da oferta através da Revista da Propriedade Industrial. Nenhum contrato de licença voluntária de caráter exclusivo será averbado no INPI sem que o titular tenha desistido da oferta e, uma vez que a patente esteja sob licença voluntária e com caráter de exclusividade, não poderá ser objeto de oferta. O titular tem direito de desistir da oferta a qualquer momento, antes da expressa aceitação de seus termos pelo interessado.

Na ausência de acordo entre o titular e o licenciado sobre a remuneração, as partes poderão requerer ao INPI o arbitramento, e se não for suficiente, o INPI poderá realizar as diligências que se fizerem necessárias ou designar comissão na qual poderá incluir especialistas não ligados à Autarquia, visando arbitrar a remuneração que será paga ao titular. A remuneração poderá ser revista após 1 (um) ano de sua fixação.

A patente em oferta terá a sua anuidade reduzida à metade durante o período que esteja em oferta, cessando o benefício no momento que for formalizado o contrato de licença.

Pode o titular da patente requerer o licenciamento se o licenciado não der início à exploração efetiva dentro de 1 (um) ano da concessão; se interromper a exploração por prazo superior a 1 (um) ano, ou ainda, se não forem obedecidas as condições da exploração²⁷⁸.

17.8.3 Licença Compulsória

Este item merece uma especial atenção, pois a base desta pesquisa centra-se na limitabilidade dos direitos fundamentais. Especificamente em relação ao direito fundamental à propriedade, no que diz respeito às patentes, o principal limitador vem expresso no próprio corpo legislativo, mais precisamente a partir do art. 68 da Lei 9279/96, a Licença Compulsória.

A Convenção de Paris em seu art. 5º cuidava da licença compulsória, mas especificamente em relação à falta de exploração ou de exploração incompleta²⁷⁹.

Já segundo a Lei 9279/96 o titular poderá ainda ter sua patente licenciada obrigatoriamente se exercer os direitos dela decorrentes de forma abusiva, ou por meio dela praticar abuso de poder econômico, comprovados por lei através de decisão administrativa ou judicial. Outros motivos que podem levar a licença compulsória são: a não exploração do

²⁷⁸ SOARES, op. cit., p.109-111

objeto no território brasileiro, por falta de fabricação ou fabricação incompleta, ou ainda, a falta de uso integral do processo patenteado; se a comercialização não satisfizer as necessidades do mercado, essa licença só poderá ser requerida após decorridos 3 (três) anos da concessão da patente.

A licença só poderá ser requerida por pessoas com legítimo interesse e que tenham condições técnicas e econômicas de realizar a exploração eficiente do objeto da patente, sendo que essas comprovações de condições deverão ser demonstradas por documentos no momento do pedido de licença.

No caso da licença obrigatória ser concedida por motivo de abuso de poder econômico, será garantido, ao licenciado que propôs fabricação local, o prazo para proceder à importação do objeto da licença, limitando-se ao art. 74 da Lei 9.279/96, desde que tenha sido colocado no mercado pelo titular ou que tenha seu consentimento.

No caso de importação para exploração de patentes ou no caso previsto acima, será igualmente admitida a importação por terceiros de produto fabricado de acordo com patente de processo ou de produto, desde que quem colocou no mercado tenha sido o titular ou alguém com o seu consentimento.

Poderá ainda ser concedida a licença compulsória quando, cumulativamente se verificarem as seguintes hipóteses: ficar caracterizada a dependência de uma patente em relação a outra; o objeto da patente dependente constitui substancial progresso técnico em relação à patente anterior e por fim, o titular da patente anterior não realizar acordo com o titular da patente dependente para exploração daquela, onde se considera patente dependente a cuja exploração depende obrigatoriamente da utilização do objeto da patente anterior. Dessa forma, como prevê o §2º do art.70, uma patente de processo poderá ser considerada dependente de patente do produto respectivo, bem como uma patente de produto poderá ser

²⁷⁹ FURTADO, Lucas Rocha. **Licenças compulsórias e legislação brasileira sobre patentes** in PICARELLI; ARANHA, op.cit.,p. 134

dependente de patente de processo. O titular de patente licenciada na forma deste artigo terá direito a licença compulsória cruzada da patente dependente.

17.8.3.1 Emergência Nacional e Interesse Público

Segundo o art. 71 da Lei 9.276/96 o licenciamento compulsório pode ter como causa “casos de emergência nacional ou interesse público, declarados em ato do Poder Executivo Federal (...)”

Em se tratando de interesse público ou emergência nacional, declarados pelo Poder Executivo Federal, e o titular da patente ou seu licenciado não atender essa necessidade, poderá ser concedida de ofício a licença obrigatória, temporária e não exclusiva, para a exploração da patente, sem prejuízo dos direitos do respectivo titular. Será estabelecido no ato dessa concessão o prazo de vigência e a possibilidade de prorrogação²⁸⁰.

Esta possibilidade de licenciamento em caso de emergência nacional ou interesse público é considerada como um princípio dos sistema de patentes e portanto com possibilidade de adoção imediata no direito brasileiro.

Ocorre que os conceitos de interesse público e emergência nacional são fluidos e, porisso, podem ter uma interpretação com maior ou menor abrangência.

Some-se, a essa indeterminação, a parte final do referido art. 71 da Lei de Patentes que requer a decretação pelo poder Executivo, da situação emergencial ou do próprio interesse público.

O decreto 3.201 de 6-10-1999, que dispõe sobre a concessão de ofício, para uso público não comercial e de licenças compulsórias nos casos de emergência nacional e

²⁸⁰ SOARES, op. cit. .p. 111-117.

interesse público, conceitua nos parágrafos 1º e 2º de seu art. 2º, respectivamente, a emergência nacional e o interesse público²⁸¹.

Assim o art. 2º parágrafos 1º e 2º tem a seguinte redação:

Art. 2º Poderá ser concedida, de ofício, licença compulsória de patente, para uso público não-comercial, nos casos de emergência nacional ou interesse público, assim declarados pelo Poder Público, desde que constatado que o titular da patente ou seu licenciado não atende a essas necessidades.

§ 1º Entende-se por emergência nacional o iminente perigo público, ainda que apenas em parte do território nacional.

§ 2º Consideram-se de interesse público os fatos relacionados, dentre outros, à saúde pública, à nutrição, à defesa do meio ambiente, bem como aqueles de primordial importância para o desenvolvimento tecnológico ou sócio-econômico do País.

Em que pese o esforço do legislador regulador, não desaparecem os problemas inerentes às brechas interpretativas. Ademais, há discussão acerca da constitucionalidade do referido decreto uma vez que atua de forma inclusive autônoma em relação à própria lei, o que não é aceitável para a legislação secundária.

O caminho que parece acertado inclusive em relação à licença compulsória, é interpretar os dispositivos da Lei 9279/96 sob a ótica da Função Social da Propriedade do art. 5º inciso XXIII, bem como do Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Particular.

Além disso, cabe ao Poder Judiciário o papel de destaque na interpretação da referida limitação ao direito de propriedade, sindicando, inclusive, a omissão do Poder Executivo ao não decretar a licença compulsória nos casos em que ela é imperativa para

²⁸¹ MITELBACH, Maria Margarida Bach. **Algumas considerações sobre o sistema de patentes e a saúde humana**. In PICARELLI; ARANHA, op.cit.,p. 151

atender à função social da propriedade, até mesmo a industrial, via licença compulsória das patentes. Esse é o tema que ocupará a terceira parte do trabalho.

17.8.4 O licenciamento compulsório e seus efeitos

Não haverá exclusividade para as licenças compulsórias e não se admitirá o sublicenciamento.

O pedido de licença compulsória será formulado mediante indicações das condições oferecidas ao titular da patente. Apresentado o pedido de licença o titular terá 60 (sessenta) dias para se manifestar e, não ocorrendo a manifestação será considerada aceita a proposta nas condições oferecidas.

Aquele que requerer licença alegando abuso de direitos patentários ou abuso de poder econômico deverá comprová-los através de documentação; caso a fundamentação para requerer a licença compulsória seja a falta de exploração, caberá ao titular da patente comprová-la.

No caso de realizado o pedido de patente compulsória e o titular contestar, o INPI poderá realizar as diligências que se fizerem necessárias e, para tanto, designará comissão de especialistas de outros órgãos ou profissionais do ramo, com o objetivo de arbitrar a remuneração que será paga ao titular da patente. E os órgãos e entidades da administração pública direta ou indireta, federal, estadual e municipal, prestarão ao INPI as informações solicitadas para subsidiar o arbitramento da remuneração, no qual serão consideradas as circunstâncias de cada caso, levando-se em conta, obrigatoriamente, o valor econômico da licença concedida. Instruído o processo, o INPI terá o prazo de 60 (sessenta) dias para decidir sobre a concessão e condições da licença compulsória e o recurso da decisão que conceder não terá efeito suspensivo.

Salvo razões legítimas, o licenciado deverá iniciar a exploração do objeto da patente no prazo de 1(um) ano da concessão da licença, admitida a interrupção por igual prazo, podendo o titular requerer a cassação da licença quando não cumprido o tempo previsto. O licenciado ficará investido de todos os poderes de ação em defesa da patente. Após concedida a licença compulsória, sua cessão somente será admitida quando realizada conjuntamente com a cessão, alienação ou arrendamento da parte do empreendimento que a explore.

A licença compulsória não será concedida se o titular na data do requerimento: justificar o desuso por razões legítimas; comprovar a realização de sérios e efetivos preparativos para a exploração; ou ainda, explicar que a falta de fabricação ou comercialização é devido a obstáculos de ordem legal²⁸².

²⁸² Ver arts. 68 ao 74 da Lei 9.279, de 14 de maio de 1996. In. DI BLASI... p.290-292

17.9 A Patente de Interesse da Defesa Nacional

O pedido de patente originário no Brasil, cujo objeto seja de interesse da defesa nacional, será processado em caráter sigiloso e não estará sujeito às publicações previstas em Lei.

As patentes que envolvem armas, munições, equipamentos, dispositivos, aparelhos, pertences e outros com finalidade total ou parcialmente bélica, assim como toda e qualquer arma que vise à dilaceração do ser humano e dos animais devem ser processadas sob o caráter do sigilo e mantidas, integralmente, em segredo até que as autoridades militares decidam sobre a sua eventual liberação ou não. As primeiras, logicamente e, muito embora possam ser fruto do inventor particular, devem ser rigorosamente controladas pelo Estado através dos seus Ministérios de Defesa para que, por quaisquer outros motivos, não sejam objeto de fabricação e venda para marginais e toda a gama de pessoas envolvidas no crime, *de per si*, ou em conjunto com outrem em guerrilhas ou atividades similares.²⁸³

O INPI encaminhará o pedido ao órgão competente do Poder Executivo para que, no prazo de 60 (sessenta) dias, manifeste-se sobre o caráter sigiloso. Passado o prazo e o órgão não se manifestar, o pedido será processado normalmente. É vedado o depósito no exterior de pedido de patente cujo objeto seja considerado de interesse da defesa nacional, assim como a divulgação do mesmo, exceto, se com expressa autorização do órgão competente.

A exploração e a cessão deste tipo de pedido de patente ficam condicionadas à prévia autorização do órgão competente, assegurada indenização sempre que houver restrição dos direitos do depositante ou do titular.

²⁸³ SOARES, op. cit., p.75

17.10 Certificado de Adição de Invenção

O titular ou depositante do pedido de patente de invenção ou modelo de utilidade poderá requerer certificado de adição para proteger aperfeiçoamento ou desenvolvimento introduzido no objeto da invenção, mesmo que destituído da atividade inventiva, desde que a matéria se inclua no mesmo conceito inventivo e mediante pagamento de retribuição específica. Se o pedido principal já foi publicado, o pedido de certificado de adição será publicado imediatamente, e seu exame obedecerá ao disposto nos arts. 30 a 37 da Lei de Patentes.

Será indeferido o pedido de certificado de adição se o seu objeto não apresentar o mesmo conceito inventivo.

Poderá o depositante requerer a transformação do pedido de certificado de adição em pedido de patente, contando como data de depósito do pedido de certificado, mediante pagamento das retribuições cabíveis.

O certificado de adição é parte acessória da patente, tendo a data de vigência desta acompanhando-a para todos os efeitos legais.

No caso de processo de nulidade o titular poderá requerer que a matéria contida no certificado de adição seja analisada para se verificar a possibilidade de sua subsistência, sem que haja o prejuízo do prazo de vigência da patente²⁸⁴.

²⁸⁴ Ver arts. 76 e 77 da Lei 9.279, de 14 de Maio de 1996. In: DI BLASI... p. 292-293

17.11 Extinção da Patente

A patente poderá se extinguir nas seguintes hipóteses: pelo término do prazo de vigência; pela renúncia do titular, desde que não prejudique direito de terceiros; pela caducidade; pela falta de pagamento da retribuição anual; e pela inobservância do disposto no art.217 da Lei de Patentes. Uma vez extinta a patente, seu objeto cai em domínio público.

Caducará a patente de ofício ou a requerimento de qualquer pessoa com legítimo interesse, se, decorridos 2 (dois) anos da concessão da primeira licença compulsória e esse prazo não tiver sido suficiente para prevenir ou sanar o abuso ou desuso, salvo motivos justificáveis.

A patente caducará quando não tiver sido iniciada a sua exploração na data do requerimento de caducidade ou da instauração de ofício do respectivo processo. No caso do requerente desistir do processo de caducidade, o INPI poderá prosseguir.

O titular poderá manifestar-se, após ser intimado, no prazo de 60 (sessenta) dias, cabendo-lhe o ônus da prova quanto à exploração. Será proferida a decisão no prazo de 60 (sessenta) dias contados a partir do prazo anteriormente mencionado. A decisão da caducidade produzirá efeito a partir da data de publicação da instauração de ofício do processo ou do requerimento²⁸⁵.

17.12 Retribuição anual

A retribuição anual será paga pelo depositante do pedido ou titular da invenção, a partir do início do terceiro ano da data do depósito. O INPI regulará o pagamento antecipado da retribuição anual.

²⁸⁵ SOARES, op. cit., p. 129-136.

Deve-se efetuar o pagamento nos 3(três) primeiros meses do ano, podendo, ainda, ser pago dentro dos 6(seis) meses subseqüentes, mediante retribuição adicional. Fato esse que se aplica aos pedidos internacionais depositados em virtude de tratado, em vigor, no Brasil, nos quais, as retribuições anuais vencidas antes da data de entrada no processamento nacional serão efetuadas no prazo de 3(três) meses dessa data.

A falta de pagamento da retribuição acarretará o arquivamento do pedido ou a extinção da patente.

O depositante ou o titular do pedido de patente e da patente de invenção ou modelo de utilidade poderá requerer a sua restauração, no prazo de 3(três) meses, contados da notificação do arquivamento do pedido ou da extinção, mediante o pagamento de retribuição específica.

17.13 Invenção e modelo de utilidade realizado por empregado ou prestador de serviço

Quando decorrerem de contrato de trabalho, cuja execução ocorra no Brasil e que tenha por objeto a pesquisa ou a atividade inventiva, ou seja, que essa seja a natureza do serviço para qual o empregado foi contratado, a invenção ou modelo de utilidade pertencerão exclusivamente ao empregador. Se nada foi expressamente estipulado no contrato de trabalho, a retribuição pelo trabalho a que se refere o art.88, da Lei de Patentes, limita-se ao salário ajustado.

Salvo prova em contrário, será considerada desenvolvida na vigência do contrato de trabalho, o pedido de patente requerido pelo empregado até 1(um) ano após a extinção do vínculo empregatício.

Poderá o empregador, se assim for de interesse da empresa e do empregado, conceder participação nos ganhos econômicos resultantes da exploração da patente de invenção cujo autor é o empregado, não se incorporando esse ganho ao salário do empregado.

Pertencerá, exclusivamente, ao empregado a invenção ou o modelo de utilidade por ele desenvolvido, desde que esteja desvinculado do contrato de trabalho e o empregado não se utilize de recursos, meios, dados, materiais, instalações ou equipamentos do empregador.

Poderá ser comum, em partes iguais, quando resultar da contribuição pessoal do empregado e de recursos, dados, materiais, meios, instalações ou equipamentos do empregador, salvo se, expressamente, estiver disposto o contrário no contrato. Se, nesse caso, for mais de um empregado, será dividida em partes iguais a quantia que lhes couber, a menos que seja ajustado em contrário. Assim, como fica garantido ao empregador o direito exclusivo de licença de exploração, fica assegurada ao empregado a sua justa remuneração.

O empregador, na falta de acordo, deverá explorar o objeto de patente dentro do prazo de 1(um) ano, contado da data de concessão, sob pena de passar à exclusiva propriedade do empregado a titularidade da patente, salvo se a falta de exploração for por razões legítimas.

No caso de cessão, qualquer dos co-titulares poderá exercer o direito de preferência em igualdade de condições.

Todos os dispostos dos arts. 88 a 91 da Lei de Patentes aplicam-se, no que couber, às relações entre autônomo ou estagiário e a empresa contratante e entre empresas contratantes e contratadas. Isso aplicasse também, no que couber, às entidades da administração pública, direta, indireta e funcional, federal, estadual ou municipal.

Na hipótese do art.88 será assegurada ao inventor premiação de parcela no valor das vantagens auferidas com o pedido ou com a patente, conforme condições e formas previstas no Estatuto ou Regimento Interno da entidade, a título de incentivo²⁸⁶.

²⁸⁶ Arts. 88 ao 93 da Lei 9.279, de 14 de maio de 1996. In: DI BLASI... p. 294-295

17.14 Crimes contra a Propriedade Industrial

17.14.1 Crimes contra as patentes

Cometerá crime contra patente de invenção ou modelo de utilidade, conforme arts. 183 a 186 da Lei 9.279/96, aquele que fabricar produto que seja objeto de invenção ou modelo de utilidade sem autorização do titular e usar meio ou processo que seja objeto de patente de invenção também sem autorização do titular. Sofrerá pena de 3 (três) meses a 1 (um) ano, ou multa.

Também cometerá crime aquele que exportar, vender, expor ou oferecer à venda, tiver em estoque, ocultar ou receber, para utilização com fins econômicos, produto fabricado com violação de patente de invenção ou de modelo de utilidade, ou obtido por meio de processo patenteado; ou importar produto que seja objeto de patente e patenteado no país, para fins acima citados e que não tenha sido colocado no mercado externo diretamente pelo titular da patente ou com seu consentimento. A pena será de detenção de 1(um) a 3(três) meses , ou multa.

Estará cometendo crime contra as patentes aquele que fornecer componente de um produto patenteado, ou material ou equipamento para realizar um processo patenteado. No entanto, é necessário que a aplicação final do componente induza à exploração do objeto da patente. Pena de detenção de 1(um) a 3(três) meses, ou multa.

O crime estará caracterizado, ainda que a violação não atinja todas as reivindicações da patente ou, se restrinja à utilização de meios equivalentes ao objeto da patente²⁸⁷.

²⁸⁷ PAES, op. cit., p. 235-236.

17.15 Disposições transitórias e finais

Aos pedidos em andamento, conforme prevê o art.229 da Lei de Patentes, serão aplicadas as disposições dessa Lei, exceto quanto à patenteabilidade das substâncias, matérias ou produtos obtidos por meios ou processos químicos e as substâncias, matérias, misturas ou produtos alimentícios, químico-farmacêuticos e medicamentos de qualquer espécie, bem como os respectivos processos de obtenção ou modificação que só serão privilegiáveis nas condições estabelecidas nos arts.230 e 231 da Lei de Patentes.

Poderá ser depositado pedido de patente, relativo às exceções acima relacionadas, por quem tenha proteção garantida em tratado ou convenção em vigor no Brasil, ficando assegurada a data do primeiro depósito no exterior, desde que seu objeto não tenha sido colocado em qualquer mercado, por iniciativa direta do titular ou por terceiro com seu consentimento e, nem que tenham sido realizados sérios e efetivos preparativos para a exploração do objeto do pedido ou da patente.

O pedido deverá ser feito dentro do prazo de 1(um) ano contado da publicação da Lei 9.279/96, devendo indicar a data do primeiro depósito no exterior. Será publicado o pedido imediatamente após o depósito, daí correndo o prazo de 90 (noventa) dias para qualquer interessado manifestar-se.

Respeitando-se ao o que a Lei não considera como patente de invenção ou modelo de utilidade e ao que não é privilegiado como patente ou modelo de utilidade, e sendo atendidas as condições legais e comprovando a concessão de patente no país de origem, onde foi depositado o primeiro pedido, será concedida a patente aqui no Brasil tal como foi concedida no país de origem.

A vigência da patente terá prazo remanescente de proteção do país onde foi depositado o primeiro pedido. Prazo remanescente contado da data do depósito no Brasil e que não poderá ultrapassar os vinte anos previstos no art.40 da Lei de Patentes. O depositante

que tiver pedido de patente em andamento, patentes relativas às exceções citadas anteriormente, poderá apresentar novo pedido, no prazo e condições estabelecidas no art.230 da lei acima referida , juntando prova de desistência do pedido em andamento.

Poderá ser depositado pedido de patente relativo às substâncias, matérias ou produtos obtidos por meios ou processos químicos e as substâncias, matérias, misturas ou produtos alimentícios, químicos-farmacêuticos e medicamentos de qualquer espécie, bem como os respectivos processos de obtenção ou modificação por nacional ou pessoa domiciliada no país, ficando assegurada a data de divulgação do invento, desde que o objeto não tenha sido colocado em qualquer mercado por iniciativa direta do titular ou por terceiro com seu consentimento; e também que não tenham sido realizados sérios e efetivos preparativos para a exploração do objeto do pedido, por terceiro, no país. O depósito deverá ser feito dentro do prazo de 1(um) ano contado da publicação da Lei.

Será assegurada à patente, concedida com base no art.231 da Lei 9.279/96, o prazo remanescente de proteção de 20(vinte) anos contados da data de divulgação do invento, a partir do depósito no Brasil. Pode, no entanto, o depositante apresentar novo pedido, desde que junte provas da desistência do pedido em andamento²⁸⁸.

A produção ou utilização, nos termos da legislação anterior, dos objetos acima citados, mesmo que protegidos por patente de produto ou processo em outro país, de conformidade com tratado ou convenção em vigor no Brasil, poderão continuar nas mesmas condições anteriores à aprovação desta Lei. Não será permitida qualquer cobrança retroativa ou futura, de qualquer valor a qualquer título, relativa a produtos produzidos ou processos utilizados no Brasil em conformidade com art. 232 da Lei de Patentes.

²⁸⁸ SOARES, op. cit., . p. 341-346.

18. Política Brasileira de medicamentos

O Brasil tem exercido liderança nas negociações sobre patentes e saúde pública conduzidas na Organização Mundial do Comércio (OMC) e em outros organismos internacionais. O País tem, dessa maneira, buscado preservar seu programa de AIDS, que garante a distribuição gratuita e universal de anti-retrovirais pelo Estado. Tal programa tem sido possibilitado pela produção local de genéricos.

O Estado brasileiro vem fazendo, anualmente, altos investimentos para garantir saúde à população. Para investimento no Sistema Único de Saúde (SUS), “em 1995, último ano para o qual se têm informações consolidadas, o Gasto Público total (União, estados e municípios) atingiu a cifra de U\$S 21,7 bilhões, o que corresponde a 3,36% do PIB, e um gasto *per capita* de quase U\$S 140.”²⁸⁹

Segundo dados da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa), os laboratórios oficiais são responsáveis por cerca de 17% das unidades de medicamentos vendidos. Estima-se que o mercado farmacêutico brasileiro movimente de U\$S 8 bilhões a U\$S 10 bilhões por ano. Desse total, o SUS é responsável por 10% a 12% do volume de compras. Em 2002, o Ministério da Saúde investiu R\$ 3 bilhões na aquisição de medicamentos. Desse total, R\$ 997,17 milhões foram gastos com remédios de programas estratégicos (HIV, tuberculose, hanseníase, malária, esquistossomose, tracoma, leishmaniose, meningite, cólera, filariose, diabetes e hemofilia), R\$ 332,79 milhões com remédios essenciais (antibióticos, analgésicos, antitérmicos, anti-hipertensivos e outros) e R\$ 489,53

²⁸⁹ BRASIL. Coordenação Nacional de Dst e Aids. **O sistema de saúde brasileiro**. Disponível em: <http://www.aids.gov.br/final/biblioteca/avalia2/1.htm>. Acesso em 13 maio 2005.

milhões com medicamentos excepcionais (para doenças crônicas e de alto custo). O restante, R\$ 1,18 bilhão, destinou-se à compra de fármacos de uso hospitalar.²⁹⁰

Historicamente, os preços desses medicamentos adquiridos pelo Ministério da Saúde têm sofrido uma variação acima dos níveis de inflação. Essa questão sempre causou animosidades entre o Governo e a indústria farmacêutica. Em decorrência disso, o Governo resolveu implementar uma política de medicamentos. Dessa política, três elementos se destacam: o acesso gratuito e universal a medicamentos pelos portadores do vírus do HIV, o programa de medicamentos genéricos e o registro e acompanhamento de preços.

18.1 Acesso Gratuito e Universal a medicamentos pelos portadores do vírus do HIV

Na luta mundial contra a AIDS²⁹¹ o Brasil é um dos destaques. O programa brasileiro de combate à doença desperta atenção internacional pela política de distribuição universal de medicamentos aos portadores do vírus HIV²⁹².

O programa nacional de combate a AIDS no Brasil, regulamentado pelo governo federal através da Lei 9.313²⁹³ de 1996, garante aos doentes infectados com o vírus HIV acesso gratuito à medicação necessária para o seu tratamento. O coquetel de medicamentos anti-retrovirais usado no tratamento da doença é comprado pelo Ministério da Saúde e distribuído para a rede pública de saúde do país.

²⁹⁰ MINISTRO Humberto Costa quer ampliar acesso aos medicamentos. *Pharmacia Brasileira*, [S.l], n. 35, jan/fev 2003. Disponível em: <<http://www.cff.org.br/revistas/revista.html>>. Acesso em: 13 maio 2005.

²⁹¹ Sigla original da expressão em inglês *Acquired Immune Deficiency Syndrome*. Identifica um processo viral que ataca o sistema imunológico humano e destrói as células que defendem o organismo contra infecções. Quando isso ocorre, a pessoa fica vulnerável a uma grande variedade de doenças graves, como pneumonia, tuberculose, meningite, sarcoma de Kaposi e outros tipos de câncer. São essas infecções oportunistas que podem levar o doente de aids à morte. Em francês, português e espanhol, a sigla correspondente é SIDA (Síndrome de Imunodeficiência Adquirida).

²⁹² *Human Deficiency Virus*. O HIV é o vírus que causa a aids. Esse vírus já foi isolado em diferentes concentrações de materiais ou líquidos orgânicos, como: sangue, esperma, secreções vaginais, saliva, urina e leite materno. Porém, ainda não se comprovou qualquer caso de infecção por meio de saliva ou urina.

²⁹³ BRASIL. Lei n. 9.313, de 13 de novembro de 1996. Dispõe sobre a distribuição gratuita de medicamentos aos portadores do HIV e doentes de AIDS. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, 14 de novembro de 1997. Disponível em: <<http://www.in.gov.br>>. Acesso em: 13 maio. 2005.

Porém, possibilitar o acesso universal e gratuito aos medicamentos representa um pesado encargo para o Estado que precisa acompanhar e controlar os casos de portadores do vírus do HIV.

O Brasil tem, aproximadamente, atualmente, 600 mil portadores do vírus HIV. Segundo previsão do Banco Mundial, na década de 80, o Brasil teria 1,2 milhão de brasileiros infectados no ano 2000. Felizmente, em decorrência do programa a previsão não se confirmou.

Desde o início da década de 80 até dezembro de 2002 cerca de 257.780 casos de Aids foram notificados pelo Ministério da Saúde. Desses, 185.061 são homens e 72.719 são mulheres. No ano de 2002 foram notificados 9.495 novos casos da epidemia, sendo 6.031 homens e 3.464 mulheres. Atualmente, há um total de 120.000 pacientes que estão em tratamento com anti-retrovirais. A rede pública de saúde distribui quinze medicamentos ARV (anti-retrovirais), que compõem o chamado *coquetel anti-aids*. Desse total, oito medicamentos são fabricados no Brasil. São cópias legais, não protegidas por patentes em decorrência de que, no Brasil, as marcas registradas foram reconhecidas somente a partir de 1996.

A produção nacional de medicamentos anti-retrovirais é fator essencial para a viabilidade da distribuição universal e gratuita dessas drogas para as pessoas que vivem com a Aids.

Essa produção teve início em 1993, com a fabricação da *zidovudina* (AZT). No ano seguinte, o LAFEPE - Laboratório do Estado de Pernambuco - deu início a produção de mais sete medicamentos. Existem hoje, no Brasil, vários outros laboratórios que produzem os ARV, como Far-Manguinhos (Instituto de Tecnologia em Fármacos)/FIOCRUZ, Fundação para o Remédio Popular/SP, Instituto Vital Brasil/RJ e outros. O Far-Manguinhos produz, aproximadamente, 40%, ou melhor, seis dos ARV utilizados no coquetel, sendo todos aprovados em testes de bioequivalência e, portanto, licenciados como droga genérica. Os oito

anti-retrovirais produzidos no Brasil são a *didanosina* (ddI), a *lamivudina* (3TC), a *zidovudina* (AZT), a *estavudina* (d4T), a *zalcitabina* (ddC), o *indinavir*, a *nevirapina* e a associação AZT+3TC em um mesmo comprimido.

Quadro 1 - Gastos com tratamento de pacientes com AIDS

Ano	Número de pessoas	Gasto em milhões de US\$
1999	75.000	311
2000	100.000	303
2001	105.000	235
2002	119.500	167,5

Fonte: Ministério da Saúde (www.aids.gov.br)

“Hoje, o custo anual para tratamento de um paciente de AIDS no Brasil é de pouco mais de US\$ 4.000. Nos EUA, o tratamento per capita/ano gira em torno de US\$ 10.000 a US\$ 15.000 e não é gratuito para toda a população.”²⁹⁴

Considerando os gastos totais em 2002 com medicamentos para tratamento da AIDS, 39% dos recursos foram gastos com medicamentos produzidos nos laboratórios nacionais e 61% com medicamentos importados. Atualmente, os gastos do governo com a importação de ARV é cerca de R\$ 610 milhões. E se não fosse possível a fabricação nacional

²⁹⁴ BRASIL. Coordenação Nacional de Dst e Aids. *Precisamos quebrar as patentes*. Disponível em: <http://www.aids.org.br/default.asp?PaginaId=63&mNoti_Acao.html>. Acesso em: 13 maio 2005.

dos oito medicamentos já mencionados, os gastos chegariam a R\$1.325 bilhões.²⁹⁵ Fator que tornaria o programa de distribuição universal e gratuita inviável.

18.2 Medicamentos gratuitos x patentes

A política de medicamentos genéricos tem gerado redução nos gastos com a saúde. Essa economia decorre, entre outros fatores, da redução nos preços dos medicamentos. “O preço dos medicamentos genéricos caiu em mais de 70%, enquanto o preço de medicamentos importados caiu cerca de 10%. Esse quadro era presente no começo de 2001.”²⁹⁶ Essa situação difere da atual, em especial no que se refere aos medicamentos *efavirenz* e *nelfinavir*, que compõem o coquetel.

Estava nos planos do governo quebrar a patente *efavirenz*, que é produzido pelo laboratório Merck Sharp & Dohme, porém o laboratório preferiu reduzir o preço do produto em 59%.

A questão relacionada ao *nelfinavir*, que é produzido pelo laboratório Roche, foi diferente e se tornou bastante difícil. O governo compra, anualmente, 82 milhões de comprimidos desse medicamento para atender cerca de 25 mil pessoas. Isso equivale a US\$ 88 milhões de reais anuais [2002] ou 28% do orçamento do programa.²⁹⁷

O medicamento estava custando muito caro e o governo necessitava conseguir uma redução no preço. Após meses de discussões e negociações, não houve acordo entre o Ministério da Saúde e o fabricante que propôs uma redução de 35% no preço. Esperava-se algo em torno de 50%. Assim, no dia 22 de agosto de 2001, o então Ministro da Saúde, Sr.

²⁹⁵ BRASIL. Coordenação Nacional de Dst e Aids. **Dados do Ministério da Saúde**. Disponível em: <<http://www.aids.gov.br>>. Acesso em: 13 maio 2005.

²⁹⁶ FONSECA, Antonio. **Exaustão internacional de patentes e questões afins**. In: PICARELLI; ARANHA., op. cit., p. 202.

²⁹⁷ TARANTINO, Monica; CASTELLÓN, Lena. **Cabo de guerra: o governo quebra a patente de um medicamento pela primeira vez**. Istoé, São Paulo, n. 1665, ago. 2001, p.34.

José Serra, decidiu iniciar o processo para a quebra da patente do produto. Fundamentado no art. 71 da Lei de Patentes, o governo alegou emergência na saúde, uma das situações previstas pela legislação para autorizar a licença compulsória e, conseqüentemente, autorizar a produção do medicamento por outros laboratórios. Diante da pressão, o laboratório Roche, cedeu e reduziu em 40% o preço do medicamento, uma semana depois do início do processo para quebra da patente. O acordo proporcionou uma economia de R\$ 88,5 milhões no ano de 2002.²⁹⁸

“A estratégia dos laboratórios multinacionais é conceder descontos por medicamento, à conta de uma política de preço diferenciado de acordo com o poder aquisitivo do país.”²⁹⁹ A estratégia de descontos, quando o medicamento está protegido por patente, impede que o país torne a invenção disponível aos concorrentes mediante ordem de licenciamento compulsório. No entanto, o maior percentual de descontos é oferecido por laboratórios que produzem medicamentos não patenteados, ou seja, os genéricos. O problema é que a redução de preços não resolve definitivamente o problema porque sempre estão surgindo novas descobertas de medicamentos para o tratamento da AIDS.

A demanda por medicamentos mais baratos aparece como um duplo desafio: propiciar atendimento às pessoas portadoras do HIV e promover a competição na indústria farmacêutica. A diminuição de custos dos medicamentos ARV leva a um maior acesso de pacientes à terapia anti-retroviral o que reflete diretamente na melhora da qualidade de vida dos portadores do HIV/AIDS. Por outro lado, a propriedade intelectual protege o esforço humano e o investimento que levam a novos produtos, novos serviços ou processos de produção.

Resultados do Programa de Combate a Aids no Brasil

²⁹⁸ MAZZINI, Leandro. **Roche reduz preço do Nelfinavir e governo desiste de quebrar a patente.** Disponível em: <http://lists.essential.org/pipermail/ip-health/2001_August/001779.html>. Acesso em: 13 maio 2005.

²⁹⁹ *Apud.* FONSECA, Antonio, op. cit. p. 202.

As conquistas do programa de combate a Aids no Brasil são as seguintes³⁰⁰:

- a) A cada ano, menos brasileiros são diagnosticados com AIDS.
- b) Redução das internações em média 6 vezes por paciente.
- c) Redução de 54% do custo de tratamento entre 1997 e 2001.
- d) Aumento da sobrevida do paciente em 12 vezes, de 5 para 58 meses.
- e) Queda em 50% dos índices de mortalidade: o país evitou 90.000 óbitos entre 1996-2002.

Quadro 2 - Casos de AIDS e taxas de incidência por 100.000 hab

Ano	Casos de AIDS	Incidência por 100 mil/hab.
1980/1990	24.255	-
1991	11.759	8,0
1992	14.818	10,0
1993	16.511	10,9
1994	18.061	11,7
1995	20.508	13,2
1996	23.170	14,8
1997	24.413	15,3
1998	25.732	15,9

³⁰⁰ BRASIL. Coordenação Nacional de Dst e Aids. *Dados do Ministério da Saúde*. Disponível em: <<http://www.aids.gov.br>>. Acesso em: 13 maio 2005.

1999	24.231	14,8
2000	23.598	14,2
2001	21.220	12,3
2002	9.495	5,4
TOTAL	257.780	-

Fonte: CN DST-AIDS/MS

Muitos foram os benefícios advindos com o programa de combate a AIDS no Brasil, tanto que outros países consideram nosso país como um ícone nesse assunto. A grande questão que deve ser levantada é que, se é possível ter essa atitude tão positiva quanto a AIDS, por que em relação a outras doenças que necessitam de medicamentos caros e de uso contínuo não somos tão eficientes? No Brasil, 75% das pessoas após 65 anos sobrevivem à custa de medicações permanentes, a maioria delas não têm como comprá-los devido aos preços praticados. É comum observarmos pessoas de qualquer idade não se tratar por falta de medicamentos.

Infelizmente, milhões de pessoas portadoras de doenças como hanseníase, tuberculose, diabetes, câncer, mal de Alzheimer, mal de Parkinson e hepatite, muitas vezes têm o tratamento dificultado por causa do alto custo dos medicamentos³⁰¹.

O modelo brasileiro de combate a Aids é realmente merecedor de louvor, mas é preciso ampliar o raio de visão e atuação do governo, para abranger os outros tantos brasileiros necessitados de medicamentos, que na maioria das vezes são caros, e por isso, não conseguem tratar suas doenças.

18.3 Programa de medicamentos genéricos

O medicamento genérico é um produto igual ou comparável ao de referência (ou inovador ou original ou de marca) em quantidade de princípio ativo, concentração, forma farmacêutica, modo de administração e qualidade, que pretende ser com ele intercambiável. É geralmente produzido após expiração ou renúncia da patente e de direitos de exclusividade, desde que comprovada sua eficácia, segurança e qualidade.

Atualmente existem no mercado brasileiro três tipos de medicamentos em circulação: os genéricos, os de referência ou inovadores ou de marca e os similares.

Os genéricos são produtos substitutos que possuem a mesma qualidade dos medicamentos de referência, visto que são realizados testes de equivalência farmacêutica e terapêutica, de biodisponibilidade e bioequivalência, previamente à concessão do registro na ANVISA (Agência Nacional de Vigilância Sanitária). O responsável pela qualidade do medicamento é o fabricante. Compete a ANVISA monitorar a qualidade assegurada pelo fabricante e as condições de bioequivalência, através de inspeções sanitárias sistemáticas.

Os medicamentos genéricos são mais baratos porque os fabricantes copiam um determinado medicamento não necessitando fazer investimentos em pesquisas para o seu desenvolvimento, visto que as formulações já estão definidas pelos medicamentos de referência e que servirão de parâmetro para a fabricação. Além disso, os fabricantes de medicamentos genéricos não necessitam fazer propaganda, pois não há marca a ser divulgada, o que também reduz os custos do medicamento. “A OMS (Organização Mundial de Saúde) defende a difusão de seu uso como estratégia para reduzir os preços dos medicamentos”³⁰²,

³⁰¹ Conforme tratado no Capítulo II item 1.3.3 desta pesquisa.

³⁰² CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Relatório da CPI-Medicamentos**. Relator Dep. Ney Lopes, Brasília, maio 2000.

isso foi o que afirmou a Ms. Grow Harlem, diretora da OMS, em depoimento à CPI (Comissão parlamentar de Inquérito) dos medicamentos.

18.3.1 História dos Medicamentos Genéricos

A indústria de medicamentos genéricos teve origem na década de 60, por iniciativa do governo dos Estados Unidos que decidiu provar a segurança e a eficácia dos medicamentos produzidos até 1962. O *National Research Council of the National Academy of Sciences*³⁰³, foi indicado para avaliar todos os medicamentos aprovados para uso até essa data. O resultado desse estudo gerou uma lista de classificação para os medicamentos:

- a) efetivos para todas as indicações recomendadas;
- b) provavelmente efetivos para as indicações recomendadas;
- c) inefetivos para as indicações recomendadas.

Essa informação permitiu que os fabricantes de medicamentos recebessem autorização para produzir os medicamentos classificados como eficazes até 1962, sem a necessidade da realização de estudos *in vivo*. Todavia, somente em 1984, foram criadas as condições necessárias e ideais para a indústria dos medicamentos genéricos. A partir de 1984 foram estabelecidas as normas que determinaram mecanismos mais simples de registro para versões genéricas de todos os medicamentos aprovados após 1962, desde que apresentassem informações sobre sua bioequivalência e processo produtivo, além de outras exigências, comprovando ser equivalentes ao produto original. Essas mudanças diminuíram o período entre a expiração da patente e o lançamento do genérico de mais de três anos para menos de três meses. O aumento de participação das vendas de medicamento de uso oral como cápsulas, comprimidos e drágeas, foi de 18,4% em 1984 para 42,6% em 1996.

³⁰³ Conselho Nacional de Pesquisa da National Academy of Sciences.

18.3.2 O mercado Mundial dos Genéricos

O mercado mundial de genéricos cresce aproximadamente 11% ao ano. De acordo com o Relatório do *Congressional Budget Office*³⁰⁴ (CBO) de 1998, os consumidores norte-americanos economizaram entre 8 e 10 bilhões de dólares em 1994 com a aquisição de medicamentos genéricos. Dados do CBO comprovam que os genéricos correspondem a 42% das prescrições nos EUA, o que corresponde a uma economia de até 40% para os consumidores e este quadro tende a crescer 13% a cada ano.³⁰⁵

O primeiro país a adotar a Política de Medicamentos Genéricos foi os EUA. A previsão é que em 2010 as vendas de medicamentos genéricos, nesse país, representem para a indústria farmacêutica cerca de US\$ 25 bilhões.

Há mais de 20 anos que muitos países da Europa também adotaram a Política de Genéricos. EUA, Japão e Alemanha representam 60% do mercado mundial de genéricos. Após a introdução no mercado, os medicamentos genéricos conseguem até 80% da participação no mercado dos medicamentos líderes de marca num prazo de 18 meses.

“Alguns países que se destacam na comercialização de medicamentos genéricos são: Reino Unido (50%), Dinamarca (22%), Holanda (14,5%), Áustria (8,7%), Finlândia (7,8%), Itália (7,5%), Bélgica (5,9%).”³⁰⁶

Países como França e Espanha têm adotado políticas agressivas de promoção dos genéricos como forma de propiciar à população medicamentos com preços mais acessíveis e reduzir gastos com a assistência farmacêutica.

³⁰⁴ Escritório de Orçamento do Congresso Americano.

³⁰⁵ PRÓ-GENÉRICOS. *Medicamentos genéricos: história.* Disponível em: <http://www.progenericos.org.br/oquee_historia.htm>. Acesso em: 18 maio 2005.

³⁰⁶ BRASIL. Agência Nacional de Vigilância Sanitária. **Medicamentos genéricos – profissionais da saúde.** Disponível em: <<http://www.anvisa.gov.br/hotsite/geneticos/faq/profissionais.htm>>. Acesso em: 13 maio 2005.

Os fatores que têm influenciado o crescimento mundial do mercado de medicamentos genéricos são os seguintes:

- a) a previsão de que 35 bilhões de dólares em patentes de medicamentos expiram nos próximos anos;
- b) o crescimento dos custos de saúde;
- c) o envelhecimento da população, com aumento das doenças crônicas, que ocasiona elevados gastos públicos com o setor de saúde;
- d) a disseminação das novas e custosas tecnologias médicas;
- e) o decréscimo da mortalidade e aumento da perspectiva de vida da população.

18.3.3 Medicamentos Genéricos no Brasil

O mercado de genéricos no Brasil foi criado devido a instrumentos legais, a mobilização da sociedade e ao interesse da indústria nacional privada.

As indústrias farmacêuticas brasileiras, desde 1976, foram autorizadas a registrar produtos similares ao medicamento de referência. O medicamento similar é aquele que contém os mesmos princípios ativos, as mesmas concentrações, as mesmas formas farmacêuticas, a mesma via de administração, a mesma indicação terapêutica, a mesma posologia, mas não comprovam a equivalência farmacêutica com o medicamento de referência.

A obrigatoriedade de utilizar o nome genérico de acordo com a Denominação Comum Brasileira (DCB) da substância ativa nas embalagens de medicamentos, além da marca comercial, foi estabelecida em 1983.

No ano de 1991, começou a tramitar na Câmara dos Deputados em Brasília, o Projeto de Lei n.º 2002 que tinha por objetivo abolir as marcas comerciais das embalagens dos

medicamentos. Este projeto originou o Decreto 793 de 05/04/1993 que foi revogado pelo Decreto 3.181/99 que regulamentou a Lei 9.787 de 10/2/99.

A Lei 9.787/99³⁰⁷ instituiu o medicamento genérico no Brasil de acordo com as normas internacionais adotadas por países da Comunidade Européia, EUA e Canadá, além da OMS. Essa lei foi regulamentada pela Resolução 391 de 09/08/99, que apresentou todos os critérios de produção, ensaios de bioequivalência e biodisponibilidade, registro, prescrição e dispensação dos medicamentos genéricos. Com a aprovação dessa lei foram criadas as condições para implantação da Política de Medicamentos Genéricos (PMG).

A concessão dos primeiros registros de medicamentos genéricos ocorreu em 3 de fevereiro de 2000 quando foram registrados os seguintes medicamentos genéricos: *ampicilina sódica* (antibiótico), *cefalexina* (antibiótico), *cloridato de ranitidina* (antiulceroso), *cetononazol* (antimicótico), *furosemida* (diurético) e *sulfato de salbutamol* (broncodilatador).

No período de fevereiro a dezembro/2000 foram concedidos 189 registros de medicamentos genéricos de 15 laboratórios.

A Resolução 10 foi publicada em janeiro de 2001, em substituição à Resolução 391/99. Isso ocorreu com o intuito de dar maior agilidade ao processo de registro dos medicamentos genéricos e melhorar o fluxo de análises. A norma agregou informações, revisou pontos da resolução original e preencheu lacunas, como a regularização do registro de genéricos importados.

A Política Nacional de Medicamentos adotada pelo Governo Federal envolve a produção, garantia de qualidade, a prescrição, a dispensação e o uso de medicamentos genéricos e é, parte fundamental de uma diretriz para o uso racional de medicamentos no

³⁰⁷ BRASIL. Lei n. 9.787, de 10 de fevereiro de 1999. Altera a Lei nº 6.360, de 23 de setembro de 1976, que dispõe sobre a vigilância sanitária, estabelece o medicamento genérico, dispõe sobre a utilização de nomes genéricos em produtos farmacêuticos e dá outras providências. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, 11 de fevereiro de 1999. Disponível em: <<http://www.in.gov.br>>. Acesso em: 13 maio 2005.

Brasil. Os profissionais, como médicos e dentistas, que atuam no serviço público-SUS, devem, obrigatoriamente, em suas prescrições de medicamentos aos pacientes, indicar o medicamento através de sua DCB. Nos atendimentos que não ocorrem na rede pública de saúde fica a critério do profissional prescrever ou não os medicamentos pelo nome genérico.

Quadro 3 - Consumo per capita de Medicamentos no Brasil

Grupo	População	Consumo
A	15%	48%
B	34%	36%
C	51%	16%

Fonte: Progenericos (www.progenericos.org.br/oquee_historia.htm)

Segundo a revista americana *The Economist*, “o Brasil é o 9º. país do mundo em consumo de medicamentos per capita, mas, 50% dos pacientes que precisam de um medicamento não podem comprá-lo e abandonam o tratamento.”³⁰⁸

As vantagens propiciadas pela PMG são as seguintes: melhoria na qualidade dos medicamentos, preço mais acessível, redução nos preços dos medicamentos de referência, fortalecimento da indústria nacional, mudança no comportamento dos profissionais da saúde, maior acesso aos medicamentos pelos cidadãos e desenvolvimento tecnológico das indústrias e do país.

³⁰⁸ Apud. PRÓ-GENÉRICO. **História dos medicamentos genéricos no Brasil**. Disponível em: <http://www.progenericos.org.br/oquee_historia.htm>. Acesso em: 18 maio 2005.

Não há dúvidas de que oferecer medicamentos mais baratos à população é uma vitória. Dados da Pró-genéricos, associação que reúne os laboratórios genéricos, “mostram que hoje são cerca de 700 registros de medicamentos genéricos e que, só em 2002, foram vendidos 73 milhões de unidades desse gênero de medicamentos.”³⁰⁹

Porém, apesar de todo avanço, estão surgindo sinais de que alguns genéricos podem não ser tão eficientes. No mês de dezembro a Anvisa suspendeu a venda da *isotretinoína*³¹⁰ genérica fabricada pelo laboratório indiano Ranbaxy, a retirada do produto do mercado ocorreu quando o resultado da avaliação, que demonstrou que o produto tinha problemas de dissolução e absorção no corpo, saiu no Diário Oficial do Estado de São Paulo.

Nos consultórios também há relatos de problemas em relação aos genéricos. Alguns médicos paulistas já constataram problemas nos casos de pacientes que não responderam bem aos medicamentos genéricos. Alguns casos de mau funcionamento dos genéricos são relatados referentes a medicamentos utilizados para hipertensão e bronquite.

Na opinião de especialistas entrevistados pela revista ISTOÉ³¹¹, as falhas podem ser resultantes de brechas na lei dos genéricos. Eles apontam os seguintes pontos frágeis:

- a) facilidades para laboratórios estrangeiros introduzirem seus produtos no Brasil, sendo que as empresas podem fazer os testes de bioequivalência nos seus países;
- b) os testes de bioequivalência, nos produtos nacionais, são realizados somente anualmente, desta forma os laboratórios sabem quando serão fiscalizados;
- c) para os genéricos produzidos no Brasil, é permitido que alguns laboratórios produtores de genéricos realizem testes de bioequivalência em seus produtos ou nos de terceiros.

³⁰⁹ *Apud.* ZACHE, Juliane. **Dúvida no ar - médicos relatam falhas na eficácia de remédios genéricos e questionam a lei que regulamenta setor.** *Istoé*, São Paulo, n. 1740, fev. 2003, p.43.

³¹⁰ Medicamento usado contra acne grave.

³¹¹ *Ibid.*, p. 44.

Uma outra questão levantada por Omilton Visconde³¹² é que

a adoção dos genéricos (...) poderia colocar em risco a saúde do consumidor (...) quem garante que os genéricos atenderão suas exigências num País onde são amplamente conhecidas as deficiências da Vigilância Sanitária para garantir sua qualidade e fiscalizar as práticas comerciais?

(...) as ações da Vigilância Sanitária são descentralizadas. A Federal cuida dos registros de produtos, alterações, revalidações, fiscalização de portos e aeroportos, etc. As estaduais são responsáveis pela fiscalização das instalações de indústrias, práticas de fabricação e comercialização.

Na realidade, não existe fiscalização no Brasil.³¹³ Apesar dos questionamentos e discussões é muito importante ressaltar que, para ser comprovado qualquer tipo de suspeita quanto à qualidade e eficácia dos medicamentos genéricos, é necessário a realização de testes clínicos rigorosos.

O investimento no aprimoramento da qualidade dos laboratórios nacionais e a utilização de regras mais rigorosas podem ser alternativas para a solução dos problemas relacionados aos genéricos.

18.4 Regulação e registro de preços

A Lei nº 10.213³¹⁴, de 27 de março de 2001, definiu as normas de regulação para o setor de medicamentos, instituiu a Fórmula Paramétrica de Reajuste de Preços de

³¹² Presidente da Biosintética e membro do Conselho Nacional da Saúde (CNS) e do Conselho Diretor da Associação Brasileira da Indústria Farmacêutica (Abifarma)

³¹³ VISCONDE, Omilton. **Genéricos podem ser uma ameaça**. Disponível em: <http://www.radiobras.gov.br/ct/artigos/1998/artigo_021098.htm>. Acesso em: 18 maio 2005.

³¹⁴ BRASIL. Lei n. 10.213, de 27 de março de 2001. Define normas de regulação para o setor de medicamentos, institui a fórmula paramétrica de reajuste de preços de medicamentos - FPR, cria a câmara de medicamentos e dá outras providências. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, 28 de março de 2001. Disponível em: <<http://www.in.gov.br>>. Acesso em: 13 maio 2005.

Medicamentos – FPR e criou a Câmara de Medicamentos entre outros dispositivos. Essa Lei foi alterada pela MPV Nº 2.230 de 06 de setembro de 2001.

A Lei que regula preços de medicamentos declara um objetivo estatal bem como, institui um meio ou mecanismo de controle. A finalidade declarada é promover a assistência farmacêutica à população, sendo assim, torna-se um instrumental para garantir o direito à saúde e à vida. A livre iniciativa é restringida com a regulação dos preços de medicamentos, em função de um relevante interesse público. A intervenção no mercado, via preços, diz respeito a apenas um aspecto da organização produtiva e constitui uma restrição da livre iniciativa autorizada pelo parágrafo único, última cláusula do artigo 170 da Constituição Federal, e só será legítima se tal mecanismo for para atender interesse coletivo.

Os mecanismos da regulação visam estimular a oferta de medicamentos, a competitividade do setor e a estabilidade de preços. A Lei de regulação estabeleceu os critérios de fiscalização e reajuste de preços de medicamentos, instituindo uma fórmula paramétrica de reajuste, criou um órgão de execução e controle que regula, decide e executa, e instituiu instrumentos burocráticos de controle dos preços de medicamentos.

A fórmula paramétrica determina padrões e estabelece condições de reajuste de preços. A elevação dos preços passou a ser permitida somente no mês de janeiro de cada ano para as empresas que tiveram uma evolução média de preços (EMP) inferior ao índice paramétrico de medicamentos (IPM). As empresas ficaram obrigadas, também, a apresentar Relatórios de Comercialização, cujo conteúdo contenha as informações necessárias para a aplicação da fórmula paramétrica.

A Câmara de Medicamentos, criada pela Lei, é um órgão com funções múltiplas, tais como decisória, administrativa, reguladora e executiva. A Câmara possui uma formação

híbrida,³¹⁵ demonstra a disposição do Governo de contar com uma estrutura administrativa capaz de desenvolver uma ação poderosa, adequada à dimensão do problema.

A estrutura dos órgãos de defesa da concorrência e do consumidor, composta pela Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça, pela Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda e pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica, não se mostrava preparada para responder tecnicamente ao problema da regulação dos preços dos medicamentos.

Essa constatação fica evidente nos termos do Relatório Anual – 1999 do Cade, à página 58, onde 82,8% dos processos julgados no setor de produtos farmacêuticos foram relacionados com a conduta "aumentos abusivos de preços" sendo que nenhum foi considerado procedente. De fato, em 1997, foram examinados aproximadamente 113 casos de abusividade de preços (24 da indústria farmacêutica). Em 1998, foram examinados aproximadamente 38 (11 da indústria farmacêutica).³¹⁶

A regulamentação estabelecida pela lei determina que os aumentos injustificados e os preços abusivos deixam de ser uma ofensa à concorrência e passam a ser considerados infrações às relações de consumo sujeito a julgamento e às sanções administrativas previstas no Código de Defesa do Consumidor. Todavia, essa conduta, de aumento injustificado ou abusivo, também poderá ser considerada como infratora pela legislação de defesa da concorrência, devendo ser julgada pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica.

³¹⁵ A Câmara é composta de quatro ministros de estado, que formam o Conselho de Ministros, e quatro secretários que constituem o Comitê Técnico. Dessa forma, a regulação de medicamentos conta com integral controle político.

³¹⁶ Apud. BRASIL. Ministério da Fazenda. Secretaria de Assuntos Econômicos. Preços de Medicamentos no Brasil e a Atuação da Seae em 1999. Disponível em: <<http://www.fazenda.gov.br/seae/documentos/Precomedi.html>>. Acesso em: 13 maio 2005.

A experiência histórica mostra que o controle de preços tem um custo muito alto contra um resultado pouco expressivo. No entanto, é inegável que o controle é um instrumento político de pressão e, como tal, em certas épocas, não é desprezível, sobretudo nas mãos do Estado com grande poder de compra.³¹⁷

18.5 Intervenção estatal sobre medicamentos em outros países

Examinando a experiência internacional de intervenção sobre o mercado de medicamentos éticos³¹⁸, é possível constatar que não existe um modelo único de relacionamento entre governo e indústria.

No Reino Unido, por exemplo, o governo, aproveitando-se do poder de barganha derivado do volume de compra do sistema de saúde pública (NHS³¹⁹) definiu, em 1993, um sistema de regulação de preços para os medicamentos éticos³²⁰ que ele compra através do NHS.

Na França, o reembolso de um conjunto de medicamentos pelo sistema público de saúde (do Regime Geral de Seguridade Social) funciona como um "teto" para os preços.

Nos Estados Unidos, a participação do governo é relativamente pequena, mas o sistema de saúde privado reembolsa a aquisição de medicamentos prescritos pelos médicos conveniados, o que também funciona como limitador de preços.

Nesses países, entretanto, seja de maneira direta (através de aquisições, como no caso do Reino Unido) ou indireta (como no caso de reembolsos por planos de saúde públicos

³¹⁷ *Apud* FONSECA, op.cit., p.200.

³¹⁸ Medicamentos cujas vendas são feitas sob prescrição médica.

³¹⁹ *National Health Service*.

³²⁰ *Pharmaceutical Price Regulation Scheme*.

ou privados), a natureza institucional da demanda é um fator relevante do funcionamento do mercado de medicamentos éticos.

18.6 Aquisição de Medicamentos pelo Ministério da Saúde no Brasil

O governo brasileiro possui um papel muito importante na área de medicamentos, principalmente porque é um grande comprador. O programa de compras do Ministério da Saúde conta com um instrumento que prestigia seu poder de aquisição, trata-se do Registro Nacional de Preços e Medicamentos Correlatos. Esse mecanismo auxilia na compra de medicamentos para atender aos seguintes programas:

a) Programa de Assistência Farmacêutica Básica: destinado às pessoas de baixa renda, que recebem menos de quatro salários mínimos por mês. São distribuídos cerca de 40 medicamentos, que o Ministério da Saúde repassa para municípios com menos de 21 mil habitantes, para atender cerca de 35 milhões de pessoas;

b) Programa de distribuição de medicamentos estratégicos: como anti-retrovirais, remédios para a tuberculose, a leishmaniose e algumas patologias mentais;

c) Programa de Medicamentos Excepcionais: como insulina e antitumorais.

O Registro Nacional de Preços de Medicamentos e Correlatos é uma licitação na modalidade de concorrência, onde os participantes apresentam os seus preços para registro. Aquele que atender às condições solicitadas no edital e possuir o menor preço, será o vencedor. Os demais participantes que concordarem em baixar os seus preços, poderão registrá-los no mesmo valor do vencedor, desde que o primeiro colocado não cote a totalidade do item. O registro de preços é válido por 12 (doze) meses. Estados, Municípios, Distrito Federal e órgãos vinculados a estas esferas de governo e ao Ministério da Saúde podem

comprar os produtos aos preços registrados sem a necessidade de licitação, utilizando a Ata de Registro de Preços do Ministério da Saúde, assim elimina-se a burocracia e faz o procedimento de aquisição bem mais ágil.

18.7 Liberação de Preços de Medicamentos

A Lei de Regulação de Preços de Medicamentos abrangia todos os medicamentos, ou seja, tanto os medicamentos vendidos com receita médica como os demais. Porém, no dia 27 de dezembro de 2002 foi assinado um protocolo de intenções entre a Câmara de Medicamentos, a Federação Brasileira da Indústria Farmacêutica e a Equipe de Transição Governamental, firmando um acordo que estabeleceu o congelamento de preços e a divulgação de uma lista de medicamentos, que podem ser vendidos sem receita médica, para terem seus preços liberados.

A liberação ocorreu nos primeiros meses de 2003. A Câmara de Medicamentos autorizou a dispensa de 260 produtos de congelamento de preços. A liberação não significa necessariamente aumento. Os valores deixarão de ser tabelados previamente, mas serão monitorados pelo governo. “A medida atinge cerca de 8% dos fármacos sem prescrição médica e menos de 2% do total de produtos farmacêuticos comercializados no Brasil.”³²¹

O acordo também estabeleceu que, em primeiro de março de 2003, os preços dos medicamentos éticos poderiam sofrer ajuste de até 8,63%. Após a atualização, os preços dos medicamentos permaneceram congelados, até 30 de junho de 2003. Nessa data, uma nova política de preços entrou em vigor, para ampliar o acesso da população aos medicamentos.

³²¹ PREÇOS de medicamentos ficarão liberados. *Pharmacia Brasileira*, [S.l.], n. 35, jan./fev. 2003. Disponível em: <www.cff.org.br/revistas/varias.pdf+pre%C3%A7os+de+medicamentos.html>. Acesso em: 27 maio 2005.

Analisando os três elementos da Política Nacional de Medicamentos -acesso gratuito e universal a medicamentos pelos portadores do vírus do HIV, programa de medicamentos genéricos e registro/acompanhamento de preços - é possível constatar que há uma grande preocupação do governo com a garantia de acesso aos medicamentos para os brasileiros. Apesar do empenho é necessário refletir se nessa área, tão fundamental para todos, as atitudes tomadas estão sendo efetivas para ajudar a garantir o direito à saúde que está previsto na Constituição Federal.

O programa de acesso gratuito e universal a medicamentos pelos portadores do vírus do HIV é excelente, tanto que basta olhar suas conquistas para ter a certeza de que está dando certo. O Brasil é uma referência internacional em termos de combate à Aids. No entanto, poderiam existir outros programas que garantissem acesso gratuito e universal a medicamentos de uso continuado necessários para o tratamento de algumas doenças, como as cardíacas ou, para doenças endêmicas, como a malária e a tuberculose.

Os medicamentos genéricos representam uma ótima saída para a redução dos preços dos medicamentos. Essa redução nos preços permite que mais pessoas consigam adquirir os medicamentos de que necessitam, porém, o controle de qualidade é fundamental para esses produtos. Atualmente, estão vinculadas notícias, nos meios de comunicação, que colocam em dúvida a qualidade de alguns genéricos. Se há verdade no que é escrito e falado é difícil garantir, mas como a dúvida existe, cabe então à Anvisa fiscalizar e garantir a qualidade efetiva dos medicamentos genéricos. Assim, faz-se necessário uma mudança radical na qualidade da análise dos relatórios técnicos por parte da Anvisa, aumentando a exigência da comprovação da qualidade das formulações – testes pré-clínicos e laboratoriais. Talvez,

com isso, seja possível mudar os dados levantados pelo Ministério da Saúde³²² que mostram que 80% das receitas médicas ignoram os genéricos.

A regulação de preços de medicamentos garante que não ocorrerão aumentos abusivos nos preços, mas não garante preços baixos. Por outro lado, mesmo que os preços dos medicamentos fossem baixos, ainda assim, o Brasil continuaria a ter um contingente muito grande de pessoas - as populações de menor renda - sem acesso aos medicamentos.

Todas as críticas têm uma finalidade construtiva. O fundamental dentro desse setor da economia é que o Estado continue com um papel muito forte, seja como regulador, comprador ou fomentador. Tudo que se precisa fazer é tomar a decisão certa para assegurar a assistência farmacêutica.

Nesse sentido, o repórter Jomar Miranda analisou em matéria recente, que vale a transcrição, as divergências entre os cientistas e a indústria farmacêutica, com o qual se encerra este segundo capítulo:

O conflito de interesse entre cientistas e a indústria farmacêutica marcaram alguns estudos importantes nos últimos quatro anos. Um dos mais rumorosos aconteceu no Canadá, onde a hematologista Nancy Olivieri, da Universidade de Toronto, conduziu pesquisa sobre uma droga desenvolvida pelo laboratório Apotex para tratamento da talassemia, um tipo de anemia que ocorre principalmente entre populações da área do mar Mediterrâneo. Ela constatou que o remédio expunha os pacientes a danos no fígado e no coração, mas foi impedida de compartilhar os dados com outros colegas e advertir o público os riscos porque a Apotex evocou a cláusula de confidencialidade do contrato. Como a comunidade dos pesquisadores formou ao lado da hematologista, a Universidade de Toronto acabou alterando depois sua política de parceria com os laboratórios, mas a Apotex manteve o sigilo das informações sobre os efeitos colaterais de seu produto. Em Winston-Salem, na Carolina do Norte (EUA), uma equipe de cinco pesquisadores da Universidade Wake Forest, chefiada por Curt Furberg, passou cinco anos pesquisando e produzindo relatórios comparativos entre um novo bloqueador de cálcio do laboratório Sandoz, atual Novartis, e um diurético, mas o

³²² ESFORÇO pelos genéricos. Jornal de Brasília, maio 2002. Disponível em: <<http://www.genericoinfo.hpg.ig.com.br/noticias.htm>>. Acesso em: 05 maio 2005.

patrocinador recusou a conclusão. A equipe constatara que o novo remédio, destinado a regular a pressão sanguínea e reduzir a calcificação de artérias, era menos eficaz que o diurético e foi convidada a refazer seu relatório sucessivamente. Após retomarem o estudo 10 vezes e chegarem à mesma conclusão, os cientistas desistiram da pesquisa. "Não conseguimos nada, mas é preciso ter princípios", afirma Furberg. Outro caso famoso envolveu o laboratório Knoll Pharmaceutical e a pesquisadora Betty Dong, da Universidade da Califórnia. Betty publicara um levantamento parcial que sugeria que o remédio Synthroid, contra distúrbios da glândula tireoide, era mais eficaz que os seus concorrentes. Foi então contratada pelo Knoll, por 250 mil dólares, para realizar um estudo mais profundo que, no entanto, revelou que o Synthroid não tinha nada de especial. Resultado: Betty foi impedida de divulgar os seus dados, apesar de outros pesquisadores terem chegado à mesma conclusão.

O que pensa a indústria farmacêutica da reação dos cientistas? "Quando realiza uma pesquisa, a indústria investe alto e não é justo que a divulgação dos dados beneficie os concorrentes", diz Ciro Mortella. "Os laboratórios são empresas que precisam apresentar resultados a seus acionistas. Não somos monges, mas somos éticos". Na verdade, nas últimas duas décadas os acionistas da indústria farmacêutica não têm motivos para queixas, em parte graças à pesquisa permanente de novos medicamentos, algo que consome 21% do faturamento do setor. Cada novo remédio custa entre 300 e 500 milhões de dólares em estudos, mas os lucros vêm rápido e superam em muito o investimento. O Viagra está aí para provar. Uma das minas de ouro da Pfizer, o remédio rendeu 1,3 bilhão de dólares apenas em 2001. No mesmo período, os novos ansiolíticos e drogas para doenças cardiovasculares faturaram 90 bilhões de dólares.

Os laboratórios não perdem uma só oportunidade de ganhar dinheiro e muitas delas são apresentadas pelos próprios efeitos adversos dos medicamentos em uso. Isso mesmo. A complicação provocada por um remédio pode ser a chave para uma nova droga, destinada a outra doença. No final, a marca será direcionada para o efeito farmacológico mais lucrativo. Quando foi lançado, há cerca de dez anos, o Proscar, do laboratório Merck, era apenas um supressor hormonal indicado para doenças da próstata. Com o tempo, percebeu-se que a droga fazia o cabelo crescer, o que levou o laboratório a relançá-lo como remédio para calvície. Fenômeno similar aconteceu com o Wellbutrin, antidepressivo produzido nos anos 80 pela Glaxo, à base de cloridrato de bupropiona. Como muitos usuários da droga perdiam a vontade de fumar, a Glaxo registrou de novo o produto, sob a marca Zyban, agora indicado para quem tenta se livrar do tabagismo.

No ano passado, a indústria farmacêutica colocou no mercado global 69 super-remédios, drogas biotecnológicas de última geração, em geral caras -- 17 vezes mais do que há 10 anos, quando apenas 4 super-remédios foram produzidos. A febre de lançamentos amplia o

número de títulos nas prateleiras das farmácias a cada ano em escala geométrica, apesar de estudiosos advertirem que, em se tratando de medicina, nem sempre o novo e mais caro é o melhor. É o que diz, por exemplo, especialistas do Centro Cochrane, organização que procura mapear e avaliar o conhecimento médico em 15 países. Muitos médicos têm consciência disso e tentam esclarecer os pacientes, na maioria das vezes em vão. O bombardeio da propaganda da indústria e a crença moderna no poder da quimioterapia levam a clientela a exigir dos médicos cada vez mais a prescrição de novidades para enfrentar suas doenças reais ou imaginárias. O que precisa ficar claro é que a ausência de remédios na vida de uma pessoa é uma garantia e quase sempre um sinal maior de saúde do que a presença maciça deles. Uma conclusão que, com certeza, você não vai encontrar na bula de nenhum medicamento.

CAPÍTULO III

A TUTELA JURISDICIONAL DO LICENCIAMENTO COMPULSÓRIO EM CASO DE INTERESSE PÚBLICO (ART. 71 DA LEI 9279/96)

Notas Introdutórias

Nesta última parte do trabalho, tratar-se-á da possibilidade de se apreciar pelo Judiciário o conflito de direitos fundamentais existente entre o direito à saúde e o direito fundamental de propriedade.

Nenhuma inovação legislativa será proposta. A discussão versará sobre a possibilidade de analisar o direito posto à luz da interpretação conforme a Constituição.

A referida lei de proteção à propriedade industrial (Lei de Patentes) prevê em seu artigo 71 a chamada “licença compulsória”, em casos de emergência nacional ou de interesse público, situações abertas e até o presente momento, sem definição por parte da doutrina.

Analisar o referido artigo, sob a ótica das relações internacionais principalmente de ordem econômica e comercial, implicam na submissão do Brasil aos mecanismos de controle ditados pelo modelo liberal vigente na ordem mundial desde o Consenso de Washington, ou antes dele.

Negar, simplesmente, a utilidade e a pertinência da proteção à propriedade industrial, é negar amparo ao avanço tecnológico que precisa de estímulo, na medida em que é o grande responsável pela melhoria da qualidade de vida dos seres humanos nas últimas décadas.

Todavia, existem parâmetros que podem e devem ser discutidos, tanto os de ordem ética quanto à pesquisa, mas, principalmente, o parâmetro jurídico quanto aos direitos fundamentais.

Nesse sentido, ROBERT ALEXY, através da sua proposta sobre a regra de colisão entre direitos fundamentais, apresentou sua célebre “Teoria dos Direitos Fundamentais” na

qual identificou a ponderação, a proporcionalidade e a razoabilidade, como mecanismos para elucidar a colisão entre direitos igualmente fundamentais³²³.

Muito se discutiu a colisão entre Direito de Intimidade e Direito a Liberdade de Expressão, Isonomia formal e material, entre outras colisões igualmente importantes.

Mas é primordial, acrescentar à discussão, a licença compulsória (ou sua denegação) sob a ótica da colisão entre o Direito de Propriedade Industrial e Intelectual versus o Direito à Saúde.

É de se lembrar, que a discussão, está longe de ter vencidos ou vencedores, de se estabelecer regras de precedência, ou ainda de se plantar ideologizações desnecessárias, que provoquem a destituição do caráter científico do presente trabalho.

Aqui se deseja trabalhar com o discurso racional, estabelecendo condições para que a interpretação constitucional desses conflitos, independa de voluntarismos, ou de posições estritamente políticas.

O Brasil encontrou nos últimos anos, lugar de destaque no cenário mundial, mormente com o programa desenvolvido na prevenção da AIDS e tratamento dos pacientes portadores do vírus HIV.

A lei 9313 de 1996 garante aos infectados pelo vírus HIV tratamento gratuito inclusive com relação aos medicamentos.

Mas tal política só teve sucesso na medida em que o País conseguiu produzir medicamentos anti-retrovirais, a partir de 1993, ou seja, antes da Lei de Patentes que é de 1996.

Cinquenta por cento dos medicamentos que fazem parte do coquetel anti-AIDS, são fabricados no Brasil o que implica em dados que geram otimismo, como o custo anual de

³²³ Conforme exaustivamente tratado na primeira parte desta pesquisa.

tratamento de um paciente com AIDS no Brasil que é em torno de US\$ 4.000 (quatro mil dólares americanos) enquanto que nos Estados Unidos da América este valor gira em torno de US\$ 10.000 a 15.000, não sendo inclusive gratuito em todo o País.³²⁴

Outro marco em nosso País, foi a política de produção de medicamentos genéricos instituída pela Lei 9787/99, regulamentada pela Resolução 391, após acordo internacional que contou com participação da Comunidade Européia, EUA e Canadá, além da OMS. Porém é de se lembrar que os genéricos só podem ser produzidos a partir do fim da patente concedida.

Esses vitoriosos modelos de programas demonstram que o Brasil pode avançar nas suas políticas de proteção à Saúde, sem desvirtuar a proteção ao Direito de Propriedade Industrial, bastando para tanto que se parta do entendimento que são valores fundamentais em jogo, não sendo necessário abrir mão de um em face do outro, mas de, nos casos concretos analisar sobre a ótica da regra de colisões, qual o direito naquele momento deve preceder.

O artigo 71 da Lei de Patentes pode e deve ser interpretado sob a ótica da Constituição, não ficando o País à mercê, dos eventuais acordos internacionais, que fazem com que os avanços como os citados anteriormente, sirvam de mera exceção, dentro do quadro estanque da política de medicamentos que atende ao “desejo dos mercados”.

Não se trata sequer de ousar, mas sim de atuar com os meios disponíveis para minimizar o caótico quadro da saúde pública brasileira. Chamar à responsabilidade social, as indústrias farmacêuticas e distribuidoras de medicamentos. Utilizar do instrumental jurídico emancipatório já existente a fim de que, preservando a ordem jurídica institucional, se possa avançar na concretização dos direitos fundamentais da nossa Constituição.

³²⁴ **PRECISAMOS quebrar patentes.** Disponível em: <http://www.aids.org.br/default.asp?PaginaId=63&mNoti_Ação.html>, acesso em 15 de maio de 2005.

19 O interesse público de que trata o art. 71 da Lei 9279/96

Conforme visto no item 3.8 no segundo capítulo, o decreto 3.201/99 buscou definir interesse público e emergência nacional. Especificamente no que tange ao interesse público assim definiu o decreto: “Consideram-se de interesse público os fatos relacionados, dentre outros, à saúde pública, à nutrição, à defesa do meio ambiente, bem como aqueles de primordial importância para o desenvolvimento tecnológico ou sócio-econômico do País”.

Inobstante permanecer vaga a definição, ao utilizar termos como “fatos relacionados”, não há uma dependência direta do direito positivado, mormente aquele feito sob forma de norma regulamentar secundária, para que haja a identificação do conteúdo normativo.

No *status* Constitucional se encontra a resposta para as possibilidades do licenciamento compulsório. Art. 5º XXIII – a propriedade atenderá a sua função social e Art. 170, III, que expressa a função social da propriedade como princípio da ordem econômica.

Portanto, ao identificar o interesse público previsto no art. 71 da Lei 9.279/96, o intérprete deve valer-se do art. 5º XXIII e realizar uma Interpretação Conforme a Constituição³²⁵. Aliás, os métodos de interpretação especificamente constitucional defendidos nesta pesquisa como os ideais em casos de colisões de direitos fundamentais, são os mais indicados para atender às demandas pela realização do direito à saúde, sem obstar o desenvolvimento tecnológico e científico trazido pela proteção patentária à propriedade industrial, especificamente à pesquisa e desenvolvimento na área de medicamentos.

³²⁵ Tratada no primeiro capítulo desta pesquisa no item 13.1

Num trabalho realizado sob a orientação de CELSO CAMPILONGO, os pesquisadores da Universidade de Brasília – UNB, partiram em seu artigo intitulado “Política de Patentes e o Direito de Concorrência”, várias vezes já citado nesta pesquisa, que

...constatada a incompatibilidade entre o uso da propriedade industrial e sua função social, o Poder Público, com fulcro na lei especial e na Constituição Federal, tem o poder-dever de encontrar soluções para atender à vontade pública, seja modificando e limitando o direito de propriedade, seja atribuindo-lhe o caráter de bem de domínio público³²⁶.

Nesta afirmação, embora seu caráter singelo não permita que avance a propostas concretas, os pesquisadores tocam num ponto nevrálgico do problema, qual seja, que diante do não cumprimento da função social, a limitação ao direito de propriedade passa ser um **poder-dever** do Estado.

Em outra perspectiva, mas ainda em relação ao licenciamento compulsório JANE GALVÃO, pesquisadora da Universidade da Califórnia, em artigo intitulado “ A política brasileira de distribuição de medicamentos anti-retrovirais: privilégio ou um direito?” expressa que as pesquisas sobre medicamentos envolvem um dilema ético o qual ela sintetiza como sendo o Lucro x a Vida. Ao analisar a disputa nos anos 80, pela paternidade da descoberta do HIV entre Robert Gallo (Instituto Nacional do Câncer, Estados Unidos) e Luc Montagnier (Instituto Pasteur da França), resolvido mediante acordo financeiro sobre distribuição de *royalties*, dos testes, a referida pesquisadora acrescenta uma informação instigante:

A 57ª Sessão da Comissão de Direitos Humanos da ONU, que ocorreu em Genebra, aprovou em 23 de abril de 2001, com 52 votos a favor e nenhum contra e uma abstenção dos Estados Unidos, a resolução proposta pelo Brasil, intitulada Acesso a Medicamentos no Contexto de Pandemias como o HIV/AIDS. Com a aprovação de tal resolução, que não tem caráter de lei, a Comissão reconhece o acesso a

³²⁶ CAMPILONGO, Celso Fernandes (org). **Política de patentes e o direito da concorrência**. In PICARELLI; ARANHA op. cit. p.158

medicamentos como elemento fundamental para a realização do direito humano à saúde”³²⁷.

Desta forma, seguindo exatamente o raciocínio das duas afirmações anteriores, de que o direito de propriedade deve cumprir a sua função social e ainda que o acesso ao medicamento é elemento fundamental para a realização do direito fundamental a saúde, constrói-se uma idéia para o interesse público de que trata o art. 71 da Lei de Patentes.

Interesse público no caso do direito fundamental a saúde estará atendido na medida em que a proteção ao direito de propriedade esteja limitada ao cumprimento da sua função social. Nesta esteira, o interesse público em relação aos medicamentos, ocorrerá, quando todos a eles tiverem acesso. E finalmente, a política de proteção patentária a medicamentos será limitada ao cumprimento da sua função social, qual seja a de possibilitar a todos o acesso.

Este acesso aos medicamentos não pode ser ônus apenas das indústrias farmacêuticas e seus pesquisadores. O Estado é co-responsável, senão o maior responsável por assegurar o acesso dos medicamentos a todos que dele necessitarem.

E o faz, ou deveria fazer, mediante políticas públicas de saúde, que no Brasil, conforme já declinado, são geridas pelo Sistema Único de Saúde – SUS.

³²⁷ GALVÃO, Jane. **A política brasileira de distribuição e produção de medicamentos anti-retrovirais:**

20 A postura judicial diante dos *hard cases*

No Brasil conforme se viu a partir do item 1 da Segunda Parte o direito fundamental à saúde, em que pese seja um direito fundamental prestacional, tem sido defendido como um direito sindicável, na medida em que se trata de um direito decorrente do direito à vida. A dificuldade está exatamente em determinar de que forma o direito à saúde é aplicado.

A Constituição Federal de 1988 determina em seu art. 182 § 2º que Lei Complementar deve fixar os recursos a serem disponibilizados pela União, Estados, Municípios e Distrito Federal, para serem gastos com a saúde. Este dispositivo inserido a partir da Emenda Constitucional nº 29, vem sendo atendido de alguma maneira pelo Estado, com maior ou menor competência, não residindo exatamente aí, o problema central da distribuição dos medicamentos.

Uma vez que os recursos são finitos ou como prefere GUSTAVO AMARAL³²⁸, são escassos, o que não permite que mesmo imbuídos de enorme espírito público, os governantes consigam suprir as necessidades de todos que recorrem a distribuição gratuita de medicamentos, diante da sua condição de miserabilidade.

De outra sorte, a política de medicamentos, como já se viu, envolve uma rede burocrática, desde a licitação para compra dos remédios, até a distribuição destes, ressaltando-se as diversas leis que impõe como direito subjetivo absoluto, o acesso aos medicamentos, v.g. o já citado programa de distribuição de medicamentos para o tratamento da AIDS, e algumas leis estaduais de distribuição de medicamentos para o diabetes e a hepatite C.

privilégio ou um direito? In Cadernos de Saúde Pública, Rio de Janeiro, 18(1)213-219, jan-fev, 2002

³²⁸ AMARAL, op.cit., p. 133 e et. seq.

Desta forma, escolhas devem ser feitas pelo Poder Público, através do orçamento e de suas políticas e via de regra, tais escolhas envolvem decisões sobre a sobrevivência ou morte de pessoas, o que lhes empresta o epíteto nada airoso de “escolhas trágicas”, expressão que representa as escolhas políticas constantes da peça orçamentária e ao fato de que existirão interesses legítimos não escolhidos.

Segundo AMARAL³²⁹, as decisões versam sobre aquilo que ele denomina macro-justiça e micro-justiça, onde os juízes reconhecer haver um direito subjetivo ao recebimento de tratamento médico, todavia, sem a necessária observância de qualquer limitação orçamentária.

Assim, na compreensão de AMARAL, tais decisões que só resolvem questões individuais, devoram os recursos, que já são escassos. Realiza-se pois a micro-justiça em detrimento de investimentos em políticas mais eficazes como no exemplo dado pelo referido autor, o combate à mortalidade infantil, que pode evitar que as pessoas necessitem de tratamento médico sistemático na idade adulta.

Em passagem conclusiva de seu pensamento AMARAL afirma que ante a escassez, qualquer critério que se deseje eleger é insuficiente, porque resultará numa alocação que no campo da saúde terá natureza dupla envolvendo necessariamente a escolha de quem salvar, mas ao mesmo tempo de quem ‘danar’³³⁰.

Nesta esteira, são inúmeras as decisões que obrigam ao Estado suprir tratamentos de saúde individualmente pleiteados, o que longe de poder ser duramente criticado, deve ser analisado sob a ótica da realidade que se apresenta possível, ou como se reportará a partir de agora, dos limites e possibilidades.

³²⁹ AMARAL, op.cit., p. 34

³³⁰ *ibid.* p. 181

O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul por exemplo, enfrentou o problema da distribuição de medicamentos da seguinte forma, recentemente:

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. CONSTITUCIONAL. DIREITO À SAÚDE. FORNECIMENTO DE **MEDICAMENTOS**. MÉRITO. O fornecimento de medicação é excepcional a pacientes sem meios econômicos para a aquisição com recursos próprios. Trata-se de direito à vida e à saúde, garantia constitucional e dever do estado. O direito à saúde é assegurado a todos, devendo os necessitados receberem do ente público os **medicamentos** necessários. HONORÁRIOS. O arbitramento dos honorários será feito mediante apreciação eqüitativa do magistrado, observados os critérios previstos nas alíneas a, b e c do parágrafo 3º do artigo 20 do Código de Processo Civil. Reduzida a verba. Verba honorária reduzida, face à inobservância desses critérios. Apelo parcialmente provido. (APELAÇÃO CÍVEL Nº 70010224343, SEGUNDA CÂMARA CÍVEL, TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RS, RELATOR: JOÃO ARMANDO BEZERRA CAMPOS, JULGADO EM 27/04/2005)

Portanto, a decisão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, confirma a determinação para que o Estado assuma a distribuição dos medicamentos, afastando qualquer óbice de natureza orçamentária. O que mais impressiona nas decisões acima, é justamente que em momento algum remete-se ao dogma da separação dos poderes e da discricionariedade da administração pública, o que de certo modo é um ponto a favor do que se defenderá ao final deste trabalho.

Mas os tribunais superiores e mais precisamente o STF – Supremo Tribunal Federal:

EMENTA: CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. MEDICAMENTOS: FORNECIMENTO A PACIENTES CARENTES: OBRIGAÇÃO DO ESTADO.

I. - Paciente carente de recursos indispensáveis à aquisição dos medicamentos de que necessita: obrigação do Estado em fornecê-los. Precedentes.

II. - Agravo não provido.

12/04/2005 SEGUNDA TURMA AG.REG.NO AGRAVO DE INSTRUMENTO 486.816-1 RIO DE JANEIRO
 RELATOR : MIN. CARLOS VELLOSO
 AGRAVANTE(S) : ESTADO DO RIO DE JANEIRO
 AGRAVADO(A/S) : ANA PAULA SANTOS DE OLIVEIRA -
 REPRESENTADA POR ANA CRISTINA ROSÁRIO DOS SANTOS

Nesta decisão o relator, Ministro Carlos Velloso, se vale de precedente do próprio STF, desta feita, de lavra do Ministro CELSO DE MELLO, que bem externa o posicionamento ora consolidado dessa Corte:

“Em caso idêntico, RE 271.286-AgR/RS, Relator o Ministro Celso de Mello, ‘DJ’ de 24.11.2000, decidiu a 2ª Turma:

‘E M E N T A: PACIENTE COM HIV/AIDS - PESSOA DESTITUÍDA DE RECURSOS FINANCEIROS - DIREITO À VIDA E À SAÚDE – FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAMENTOS - DEVER CONSTITUCIONAL DO PODER PÚBLICO (CF, ARTS. 5º, CAPUT, E 196) - PRECEDENTES (STF) - RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. O DIREITO À SAÚDE REPRESENTA CONSEQÜÊNCIA CONSTITUCIONAL INDISSOCIÁVEL DO DIREITO À VIDA.

Supremo Tribunal Federal AI 486.816-AgR / RJ - O direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República (art. 196). Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público, a quem incumbe formular – e implementar - políticas sociais e econômicas idôneas que visem a garantir, aos cidadãos, inclusive àqueles portadores do vírus HIV, o acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica e médico-hospitalar.

- O direito à saúde - além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas – representa conseqüência constitucional indissociável do direito à vida. O Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional.

A INTERPRETAÇÃO DA NORMA PROGRAMÁTICA NÃO PODE TRANSFORMÁ-LA EM PROMESSA CONSTITUCIONAL INCONSEQÜENTE.

- O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política – que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro - não pode converter-se em promessa constitucional inconseqüente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele

depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado”.

Conforme se percebe, no acórdão citado, não há qualquer dissenso em relação ao direito fundamental à saúde ser um direito subjetivo. Quanto aos recursos, não há pronunciamento, o que se verá no acórdão seguinte:

EMENTA: APELAÇÃO CIVEL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. MENOR. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO DE USO CONTÍNUO. PRELIMINARES. PREVISÃO ORÇAMENTÁRIA. Uma vez que a responsabilidade pelo fornecimento de **medicamentos** à população carente cabe a qualquer dos entes federativos, fulcro no disposto no art. 23, II, da Constituição Federal, não há falar em denúncia à lide do Estado do Rio Grande do Sul pelo Município recorrente. Constando do feito dados suficientes a respeito da questão trazida a desate, isto é, o estado de saúde do menor e a necessidade da utilização da medicação postulada, sendo quanto ao demais, a matéria exclusiva de direito, não perquirindo dilação probatória, não se configura o alegado cerceamento de defesa. Quanto à ilegitimidade passiva, tem-se que o exame do tema encontra-se precluso, porque já enfrentado quando do julgamento do AGI 70010086205, tendo sido autor o ora apelante em face de inconformidade com decisão que concedeu a tutela antecipada ao menor nos autos da ação originária. Descabida a tese de ausência de recursos para que o Executivo possa disponibilizar aos particulares prestações como a presente, o que as tornariam inexigíveis. Conforme remansoso entendimento deste Tribunal, tratando-se de compra de remédio de uso contínuo, independe de previsão orçamentária, sendo dispensável, inclusive, a licitação, em face de situações excepcionais, conforme dispõe o art. 24, IV, da Lei n.º 8.666/93. As duas primeiras preliminares rejeitadas, e a terceira preliminar inadmitida. No mérito, recurso desprovido. (APELAÇÃO E REEXAME NECESSÁRIO Nº 70011000007, OITAVA CÂMARA CÍVEL, TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RS, RELATOR: JOSÉ ATAÍDES SIQUEIRA TRINDADE, JULGADO EM 14/04/2005)

Conforme expõe MASELLI GOUVEA, a questão orçamentária sempre é ventilada nos acórdãos de cuidam de prestações políticas estatais. Mas existem diferenças quanto ao enfoque e a profundidade dadas a matéria. Em certas situações, o orçamento é barreira

intransponível, noutros trata-se apenas de interesse burocrático e secundário do Estado, não lhe sendo conferido natureza vinculante³³¹.

MASELLI se reporta para ilustrar suas conclusões, ao acórdão do Superior Tribunal de Justiça, proferido no Recurso Ordinário nº 11.183/PR, o qual aqui se reproduz para formar uma opinião.

EMENTA: CONSTITUCIONAL. RECURSO ORDINÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA OBJETIVANDO O FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO (RILUZOL/RILUTEK) POR ENTE PÚBLICO À PESSOA PORTADORA DE DOENÇA GRAVE: ESCLEROSE LATERAL AMIOTRÓFICA - ELA. PROTEÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS. DIREITO À VIDA (ART. 5º, CAPUT, CF/88) E DIREITO À SAÚDE (ARTS. 6º E 196, CF/88). ILEGALIDADE DA AUTORIDADE COATORA NA EXIGÊNCIA DE CUMPRIMENTO DE FORMALIDADE BUROCRÁTICA. 1 - A existência, a validade, a eficácia e a efetividade da Democracia está na prática dos atos administrativos do Estado voltados para o homem. A eventual ausência de cumprimento de uma formalidade burocrática exigida não pode ser óbice suficiente para impedir a concessão da medida porque não retira, de forma alguma, a gravidade e a urgência da situação da recorrente: a busca para garantia do maior de todos os bens, que é a própria vida. 2 - É dever do Estado assegurar a todos os cidadãos, indistintamente, o direito à saúde, que é fundamental e está consagrado na Constituição da República nos artigos 6º e 196. 3 - Diante da negativa/omissão do Estado em prestar atendimento à população carente, que não possui meios para a compra de medicamentos necessários à sua sobrevivência, a jurisprudência vem se fortalecendo no sentido de emitir preceitos pelos quais os necessitados podem alcançar o benefício almejado (STF, AG nº 238.328/RS, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ 11/05/99; STJ, REsp nº 249.026/PR, Rel. Min. José Delgado, DJ 26/06/2000). 4 - Despicienda de quaisquer comentários a discussão a respeito de ser ou não a regra dos arts. 6º e 196, da CF/88, normas programáticas ou de eficácia imediata. Nenhuma regra hermenêutica pode sobrepor-se ao princípio maior estabelecido, em 1988, na Constituição Brasileira, de que "a saúde é direito de todos e dever do Estado" (art. 196). 5 - Tendo em vista as particularidades do caso concreto, faz-se imprescindível interpretar a lei de forma mais humana, teleológica, em que princípios de ordem ético-jurídica conduzam ao único desfecho justo: decidir pela preservação da vida. 6 - Não se pode apegar, de forma rígida, à letra fria da lei, e sim, considerá-la com temperamentos, tendo-se em vista a intenção do

³³¹ GOUVEA, Marcos Maselli. **O controle judicial das omissões administrativas**. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 382

legislador, mormente perante preceitos maiores insculpidos na Carta Magna garantidores do direito à saúde, à vida e à dignidade humana, devendo-se ressaltar o atendimento das necessidades básicas dos cidadãos. 7 - Recurso ordinário provido para o fim de compelir o ente público (Estado do Paraná) a fornecer o medicamento *Riluzol* (Rilutek) indicado para o tratamento da enfermidade da recorrente. (RMS 11183 / PR ; RECURSO ORDINARIO EM MANDADO DE SEGURANÇA 1999/0083884-0 Relator: Ministro JOSÉ DELGADO – 1ª T. j. 22.08.2000, DJ p. 04.09.2000 RSTJ vol. 138. p. 52)

De fato a questão a barreira orçamentária é por muitos objeto de absoluto desprezo, quando em choque um direito fundamental, mas algumas decisões como a que se verá a seguir

EMENTA: ADMINISTRATIVO. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. SEQÜESTRO DE QUANTIAS. INADMISSIBILIDADE. 1. É INADMISSÍVEL, ANTE A IMPOSSIBILIDADE DE IMEDIATO FORNECIMENTO DOS MEDICAMENTOS, O SEQÜESTRO DE QUANTIAS, SOB PENA DE COMPROMETER DOTAÇÕES ORÇAMENTÁRIAS PREVIAMENTE ESTABELECIDAS. 2. AGRAVO DE INSTRUMENTO PROVIDO. (AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 70011594447, QUARTA CÂMARA CÍVEL, TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RS, RELATOR: ARAKEN DE ASSIS, JULGADO EM 03/05/2005) TRIBUNAL: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RS ÓRGÃO JULGADOR: QUARTA CÂMARA CÍVEL COMARCA DE ORIGEM: COMARCA DE SANTA MARIA SEÇÃO: CIVEL

Percebe-se aqui que existe ainda uma resistência em sindicar a Administração Pública, principalmente no que concerne às escolhas orçamentárias. Conforme expõe MASELLI GOUVEA, a questão orçamentária sempre é ventilada nos acórdãos de cuidam de prestações políticas estatais. Mas existem diferenças quanto ao enfoque e a profundidade dadas a matéria. Em certas situações, o orçamento é barreira intransponível, noutros trata-se apenas de interesse burocrático e secundário do Estado, não lhe sendo conferido natureza vinculante³³².

³³² GOUVEA, op.cit., p. 382

O choque como já tratado em trabalho anterior³³³, é da reserva do possível, ou seja o limite da realidade, principalmente a orçamentária e a do mínimo vital, condição essencial para uma existência digna.

Nesse embate, segue-se ao lado de MASELLI para quem

Entre aderir ao conformismo de nada fazer em face do argumento da reserva do possível e atuar impulsivamente, desconsiderando ingenuamente as contingências econômicas necessariamente envolvidas na concretização de uma prestação estatal positiva, não são poucos os que trilham um terceiro caminho: o de analisar com realismo as possíveis limitações econômicas dos entes públicos e, se estas de fato não impossibilitarem a consecução do direito visado, implementá-lo.

Todavia, o norte sugerido por vários trabalhos³³⁴, sempre aponta no sentido de invocar a sindicabilidade do Poder Judiciário aos direitos fundamentais, quando estes decorrerem do conteúdo mínimo indispensável ao cumprimento da dignidade humana.

Sem discordar em termos absolutos de quaisquer destes autores, embora não se concorde com todas as suas concepções, no presente trabalho, de maneira modesta, busca se contribuir com outro prisma sobre o mesmo problema.

Se a escassez é fato, e a realidade é limite, em se tratando da política de medicamentos, como é possível cumprir a Constituição, sem recair sobre um voluntarismo que descompense o Estado, em relação à suas políticas públicas, inclusive na área da saúde.

³³³ THEODORO, op.cit.,p. 120 “...parece perfeitamente sustentável que, no Brasil, tão carente de posições emancipatórias, atendendo ao princípio da dignidade da pessoa humana, estampado no art. 1º, inc. III da Constituição Federal de 1988, os operadores do direito busquem pautar suas decisões, privilegiando o mínimo vital em detrimento da reserva do possível, sempre observando os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade”

³³⁴ Entre os quais, os autores aqui já citados tais como ANA PAULA DE BARCELLOS, MARCOS MASELLI GOUVEIA, GUSTAVO AMARAL, JOSÉ CARLOS VASCONCELLOS DOS REIS, GUSTAVO BINENBOJM, SÉRGIO MORO E JOÃO PEDRO GEBRAN NETO sem mencionar os referenciais LUÍS ROBERTO BARROSO E CLÉMERSON MERLIN CLÉVE.

21 O art. 71 da Lei de Patentes e a Omissão do Executivo

A constatação de que os Tribunais se ocupam sem limites do direito prestacional à saúde, independentemente disto implicar em ingerência na atividade fim do executivo, foi demonstrado de forma exaustiva no item anterior.

Todavia, em momentos de escassez de recurso e da capitulação do Estado nas referidas decisões judiciais, embora de forma não visível, resta apenas uma escolha. O desequilíbrio das previsões orçamentárias em favor de poucos contemplados. Nas palavras de AMARAL, a micro-justiça em detrimento da macro-justiça.

O direito à saúde em relação ao recebimento de medicamentos por parte do Estado, para o tratamento de doenças crônicas, passou a ser um direito dos grupos organizados, das manifestações e vitórias políticas inclusive na arena internacional da OMC.

Levantamento feito pela ONG Esperança, dos portadores de Hepatite C, informa que menos de 1% dos portadores desta enfermidade buscam a justiça ou o próprio Ministério Público para serem atendidos com medicamentos mais eficazes.

De qualquer maneira, conforme já apontado, não compete criticar insanamente o Poder Judiciário que impulsionado, recorre a melhor hermenêutica disponível. Se há culpados a apontar, esses certamente não são, ao menos inicialmente, os juízes e Tribunais.

Há muito que a doutrina emancipatória clama pela limitação da peça orçamentária, ou mesmo da superação da mesma, em favor dos direitos fundamentais, notadamente os prestacionais decorrentes da dignidade da pessoa humana.

Porém conforme visto, em se tratando do direito fundamental à saúde, a doutrina constitucional não investigou a fundo, a questão da sua convivência contraditória e silente, em face do direito de propriedade, no caso, da propriedade industrial.

As vozes que sobressaem em relação ao tema, quase sempre são formadas pelas Organizações Não Governamentais, várias delas consultadas e mencionadas no presente trabalho. Mas se trata de um embate no campo político, com vitórias isoladas na seara jurídica.

O judiciário atende a demandas individuais ou coletivas, mas sempre no sentido de onerar ao Estado, em relação à obrigação que já é deste, conforme o art. 196.

Mas a omissão Estatal é grave, quando por falta da utilização de mecanismos presentes na legislação vigente, se auto-onera de maneira absurda a ponto de por em risco a saúde e a própria vida de todos os que dele dependem para receber medicamentos.

Os estudos colacionados na segunda parte deste trabalho, remontam a interminável batalha travada com os laboratórios farmacêuticos estrangeiros, que culminou com a outorga a estes da proteção patentária, através da Lei 9.279/96, vigente desde maio de 1997.

No entanto a própria Lei estabeleceu no seu art. 71, uma importante hipótese de exceção a essa proteção:

Nos casos de emergência nacional ou interesse público, declarados em ato do Poder Executivo Federal, desde que o titular da patente ou seu licenciado não atenda a essa necessidade, poderá ser concedida, de ofício, licença compulsória, temporária e não exclusiva, para a exploração da patente, sem prejuízo dos direitos do respectivo titular”.

Porém tal dispositivo tem algumas características que chamam a atenção. Em primeiro lugar, quando o legislador expressou “poderá ser concedida, de ofício, licença compulsória,” teria deixado ao poder discricionário do Executivo tal decisão?

Defende-se aqui que não houve esta autorização e estar-se-ia diante daquilo que a doutrina chama de poder-dever da administração³³⁵.

Precisamente por não poder dispor do interesse público; cuja guarda lhes é atribuída por lei, **os poderes atribuídos à Administração têm o caráter de poder-dever**; são poderes que ela não pode deixar de exercer, sob pena de responder pela omissão. Assim, a autoridade não pode renunciar ao exercício das competências que lhe são outorgadas por lei; não pode deixar de punir quando constate a prática de ilícito administrativo; não pode deixar de exercer o poder de polícia para manter o exercício dos direitos individuais em consonância com o bem-estar coletivo; não pode deixar de exercer os poderes decorrentes da hierarquia; não pode fazer liberalidade com o dinheiro público. Cada vez que ela se omite no exercício de seus poderes, é o interesse público que está sendo prejudicado.

MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, aponta no mesmo sentido:

Embora o vocábulo poder, dê a impressão de que se trata de faculdade da Administração, na realidade trata-se de poder-dever, já que reconhecido ao poder público para que o exerça em benefício da coletividade; os poderes são, pois, irrenunciáveis³³⁶.

Desta forma, incorreria em omissão inconstitucional a Administração Pública, notadamente o Executivo Federal quando não agisse em caso de interesse público, determinando a licença compulsória.

Conforme já visto, os critérios que norteiam a definição de interesse público, possuem abertura suficiente que a eles possa ser agregada a interpretação conforme a Constituição e adequá-lo ao art. 5º XXIII ou seja o cumprimento da função social da propriedade.

Mas neste sentido, qual o remédio jurídico para sindicar o referido direito fundamental à saúde a partir do art. 71 da Lei de Patentes?

³³⁵ DAGNONE JR. Sérgio. **Conceito de Direito Administrativo**. Disponível em <http://www.suigeneris.pro.br/direito_dadm_conceito_de_direito_administrativo.htm>, acesso em 22 de maio de 2005

³³⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2005 p. 86

E que pese possa se pensar na Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, além de se reconhecer a restrição quanto aos legitimados para a propositura deste pleito, conforme o art. 103 I a IX da Constituição Federal, vê-se também a pouca utilidade da sua utilização, pelo que prevê o parágrafo segundo do mesmo art. 103. “Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias”.

CLÈMERSON CLÈVE³³⁷ entende que o constituinte na verdade quis estabelecer no mesmo mecanismo conhecido de Ação Direta de Inconstitucionalidade, o controle também da omissão e em assim fazendo o Supremo Tribunal Federal poderia lançar mão de novo tipo de provimento judicial.

Os legitimados ativos para a propositura da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, lembra CLÈMERSON CLÈVE, são os mesmos na inconstitucionalidade por ação (art. 103, I a IX da CF), no que conclui

Nos temos da normativa constitucional (art. 103 § 2º), “declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias, e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias.”³³⁸

FLÁVIA PIOVESAN critica a impossibilidade de obrigar o legislativo a colmatar a lacuna inconstitucional:

Com efeito, em face da sistemática, não há como assegurar o efetivo cumprimento do preceito constitucional, ou seja, nada está a garantir que o Poder Legislativo irá legislar e, ao mesmo tempo, caso não legisle, não há como imputar sanção ao comportamento inconstitucional deste Poder.

Note-se que a não previsão de prazo para o Legislativo supra a omissão fomenta a discricionariedade do Poder Legislativo.³³⁹

³³⁷ CLÈVE, Clèmerson Merli. A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro. São Paulo: RT, 1995, p. 338

³³⁸ *ibid.*, p. 339

³³⁹ PIOVESAN, *op.cit.*, p. 104

E assim foi o posicionamento do Supremo Tribunal Federal, reconhecendo a restrição do instituto da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, à comunicação ao órgão legiferante:

A insuficiência do valor correspondente ao salário mínimo, definido em importância que se revele incapaz de atender às necessidades vitais básicas do trabalhador e dos membros de sua família, configura um claro descumprimento, ainda que parcial, da Constituição da República, pois o legislador, em tal hipótese, longe de atuar como o sujeito concretizante do postulado constitucional que garante à classe trabalhadora um piso geral de remuneração (CF, art. 7º, IV) , estará realizando de modo imperfeito, o programa social assumido pelo Estado na ordem jurídica. As situações configuradoras de omissão inconstitucional – ainda que se cuide de omissão parcial, derivada da insuficiente concretização, pelo Poder Público, do conteúdo material da norma impositiva fundada na Carta Política, de que é destinatário – refletem comportamento estatal que deve ser repellido, pois a inércia do Estado qualifica-se, perigosamente, como um dos processos informais de mudança da Constituição, expondo-se por isso mesmo à censura do Poder Judiciário. Contudo, assiste ao Supremo Tribunal Federal, unicamente, em face dos próprios limites fixados pela Carta Política em tema de inconstitucionalidade por omissão (CF art. 103, §2º), o poder de cientificar o legislador inadimplente, para que este adote as medidas necessárias à concretização do texto constitucional. (STF, ADV 46/96, n. 76099, p. 694, ADIn 1.458-7, Rel. Min. Celso de Melo, apud LUIS ROBERTO BARROSO.³⁴⁰

Portanto pacificado na Jurisprudência o caráter de mera admoestação da Ação Direta de Inconstitucionalidade.

FLÁVIA PIOVESAN³⁴¹, destaca duas formas de sanção que entende, podem ser aplicadas ao legislador e ao próprio administrador que negligência na integração constitucional, seja através das leis, seja através de atuação positiva.

Em primeiro lugar, entende FLÁVIA PIOVESAN, que os administradores públicos, entre eles o Presidente da República, podem incidir na prática de crime de responsabilidade pois pratica ato que atenta contra o texto constitucional.

A segunda sanção, ainda segundo a Professora FLÁVIA PIOVESAN, há possibilidade de ingressar com Ação de Responsabilidade Civil frente ao Estado,³⁴²

LUIZ ALBERTO DAVID ARAÚJO, por seu turno afirma que responderá o Estado pela sua responsabilidade Civil, após declarada a omissão inconstitucional.:

A declaração judicial da omissão implica no reconhecimento de dano a pessoa ou grupo de pessoas prejudicadas. Estamos diante de uma obrigação descumprida por uma pessoa de direito público, no caso, o Poder Legislativo da União Federal e, por outro lado, de titulares de direitos feridos, que sofrem prejuízos pela omissão legislativa, reconhecida através da coisa julgada. (...) Quer entendendo o problema sob o prisma individual, quer sob o meta-individual, duas regras ficam claras: há um reconhecimento de falta de cumprimento de dever (obrigação) do Poder Legislativo; há um princípio de responsabilização das pessoas de direito público. As duas regras devem ser entendidas dentro da ótica da inafastabilidade do Poder Judiciário para apreciar lesão ou ameaça de lesão de direito (inciso XXXV do artigo quinto).³⁴³

Ocorre que essas posições são ainda isoladas na doutrina brasileira, quanto mais na Jurisprudência, como acima reportado, o que leva a crer que tanto o constituinte, quanto o Supremo Tribunal Federal, perderam uma grande oportunidade para adotarem uma posição em favor da emancipação dos direitos fundamentais, adotando algumas das soluções que são propostas pela doutrina, como nos casos de omissão parcial, conforme CLÈMERSON CLÈVE.

É possível sustentar, que na fiscalização abstrata da constitucionalidade, ocorrente omissão parcial, poderia o Supremo Tribunal Federal:

- (i) declarar a inconstitucionalidade positiva da cláusula de exclusão ou de todo o ato impugnado, no caso de exclusão arbitrária de benefício;
- (ii) declarar a inconstitucionalidade do ato impugnado, no caso de ônus imposto de modo discriminatório (arbitrário) a determinado grupo social, com exclusão dos demais colocados na mesma situação;
- (iii) fazer uma “interpretação conforme a Constituição” naquelas hipótese em que não há discriminação arbitrária, mas antes, falha de técnica legislativa.(...)
- (iv) declarar a inconstitucionalidade da omissão parcial, dando ciência ao Poder omissor para providenciar o seu suprimento, nos

³⁴⁰ BARROSO, op. cit. p. 102-103

³⁴¹ PIOVESAN, op.cit., p. 105

³⁴² ibid, op.cit., p. 107

³⁴³ ARAÚJO, Luiz Alberto David, “**A proteção constitucional das pessoas portadoras de deficiência.**” apud FLÁVIA PIOVESAN, op.cit., p. 106.

casos de exclusão de benefício compatível com o princípio da isonomia” decorrente não de ato arbitrário, mas de equivocada apreciação das circunstâncias fáticas ou da legitimidade do critério de discriminação adotado (...), e nos casos de incompleta satisfação de dever constitucional concreto de legislar (...), sempre que o suprimento da omissão envolver o dispêndio de recursos públicos (...). Haverá aqui declaração de inconstitucionalidade da inércia parcial e não do ato normativo, com o decorrente apelo ao legislador.

(v) Finalmente, declarar, nos moldes do Tribunal Constitucional alemão, a inconstitucionalidade sem a pronúncia da nulidade. A tese já foi sustentada pelo Advogado-Geral da União, na qualidade de curador da norma impugnada, em pelo menos uma oportunidade. (...) Trata-se daqueles casos em que a aplicação da lei mostra-se, do prisma constitucional, indispensável no período de transição, até a promulgação da nova lei.³⁴⁴

³⁴⁴ CLÈVE, op.cit., pp. 357-358

22 O art. 71 da Lei 9.279/96, interpretado à luz da Constituição

O caminho da omissão do Poder Executivo declarada pelo Judiciário, não enfrenta de forma adequada o problema.

Se há um poder-dever do Estado em cumprir um preceito derivado do direito fundamental à saúde, mormente em companhia da exigência do cumprimento da função social da propriedade, de que forma esse direito pode ser apreciado pelo judiciário no intuito de protegê-lo?

Nesse sentido, de forma sintetizadora colacionamos na íntegra uma decisão recente do Juiz David Diniz do Tribunal Regional Federal da 3ª Região³⁴⁵ com a aplicação da interpretação constitucional concretizadora:

AÇÃO CIVIL PÚBLICA. Legitimidade passiva, interpretação conforme a constituição. Hard case (casos difíceis). Conflituosidade entre princípios. Utilização metódica de concretização constitucional. Caráter *prima facie* dos princípios. Modelo síntese de ponderação de princípios.

Ementa: 1. Ação civil pública para defesa da saúde da criança, enferma de doença rara” puberdade precoce verdadeira”, cujo o tratamento medicamentoso é de elevado preço, não pode ser interrompido e a família da menor não reúne condições econômicas para custeá-lo.

2. As normas processuais- tais como as que definem a legitimidade passiva- devem ser entendidas em harmonia com o direito material, sobretudo a constituição. In casu, ao tempo em que ajuizada a demanda, urgia-se de um lado a necessidade imediata de ações concretas do estado para proteção da saúde e vida de uma criança de um ano e dez meses, sendo que de outro lado deparávamos com um momento ainda inicial de implantação dessa rede de serviços de saúde, onde a distribuição de competências, ações e principalmente a estruturação econômica do SUS não se apresentavam adequadamente definidas, fatos esses que tornavam justificável a dúvida de quem deveria figurar no pólo passivo da ação (união ou

³⁴⁵ In Revista de Direito Constitucional e Internacional nº 43, abril-junho 2003. São Paulo: RT, 2003, p. 336 a 348.

INSS). Nesse quadro, razoável o endereçamento da ação em face do INSS (autarquia especializada em seguridade social).

3. No caso concreto, é possível que a criança tenha direito a receber tutela jurisdicional favorável a seu interesse, com fundamento em princípios contidos na lei maior, ainda que nenhuma regra infra- constitucional vigente apresente solução para o caso. Para a solução desse tipo de caso, denominado por R. Dworkin como *hard case* (caso difícil), não se deve utilizar argumentos de natureza política, mas apenas argumentos de princípios.

4. O pedido de fornecimento do medicamento à menor (direito a prestações estatais *stricto sensu*- direitos sociais fundamentais), traduz-se, *in casu*, no conflito de princípios: de um lado, os da dignidade humana, de proteção ao menor, do direito à saúde, da assistência social e da solidariedade e, de outro, os princípios democráticos e da separação dos poderes.

5. A concretização das normas constitucionais implica um processo que vai do texto da norma (do seu enunciado) para uma norma concreta- norma jurídica-, que, por sua vez, será um resultado intermediário em direção à norma decisão (resultado final da concretização). (J.J Gomes Canotilho e F. Muller.)

6. Pelo modelo síntese de ponderação de princípios (Alexy), o extremo benefício que a determinação judicial para fornecimento do medicamento proporciona à menor faz com que os princípios constitucionais da solidariedade, da dignidade humana, da proteção á saúde e á criança prevaleçam em face dos princípios democrático e da separação de poderes , minimamente atingidos no caso concreto.

7. Apelo improvido.

(Apciv 261.220-1.^a T.- TRF 3.^a Reg.- j. 19.06.2001- rel juiz Federal convocado David Diniz- DJU 23.10.2001)

Nesta decisão, coincidentemente versando sobre o direito fundamental à saúde o relator, seguido pelos demais membros da Câmara Cível, utilizou a metódica concretizante de Friedrich Muller, a partir das lições de Dworkin e Alexy, o que demonstra a receptividade dos Tribunais em adotar a interpretação emancipatória, quando se trata dos *hard cases*, envolvendo direitos fundamentais prestacionais.

Tal postura, se defende, deve ser utilizada para a solução do problema gerado pela falta de recursos para distribuição de medicamentos por parte do Estado. A par de ser um poder-dever do Estado, declarar o interesse público a fim de impor a licença compulsória aos laboratórios, nas situações fáticas em que isso se impuser, não se pode afastar a

sindicabilidade para determinar a licença compulsória quando o caso concreto assim exigir, desde que devidamente provocado o judiciário através da ação competente.

O art. 71 da Lei de Patentes, conforme se afirmou, impõe ao Estado um poder-dever de declarar o interesse público para possibilitar o licenciamento compulsório, quando tal interesse público exigir.

A despeito da tentativa de regulamentar o conceito de interesse público, a sua melhor medida, é aquela que nasce após o conflito entre o direito à saúde, a propriedade e a sua função social.

Estes elementos são suficientes para municiar uma decisão emancipatória que vier a determinar a licença compulsória em face de determinado laboratório, calcada na escassez de recursos do Estado (presumida pela ausência de previsão orçamentária combinada com o diagnóstico financeiro daquele exercício), bem como no interesse público aferido por exemplo, pelo desabastecimento, número de casos, necessidade econômica dos usuários, etc.

A metódica de Muller é um dos caminhos, embora não o único, para solver o conflito entre os princípios já referenciados.

23 As críticas referentes a separação dos poderes e o chamado “ativismo judicial”

As decisões judiciais que ultrapassam os limites da atuação judicial, formados pela idéia de “legislador negativo”, geram críticas severas, principalmente no que concerne ao desrespeito ao princípio da separação dos poderes.

O dogma da separação dos poderes, conforme já foi tratado neste trabalho, não resiste a uma análise mais apurada do Estado contemporâneo, notadamente o modelo exposto na Constituição Federal de 1988 no Brasil, onde não cabe agora exemplificar o sem número de funções atípicas destinadas a cada um dos poderes constituídos do Estado.

Neste sentido, MAURO CAPELLETTI, detecta riscos na atuação do papel do Poder Judiciário nos Estados que adotaram os direitos sociais como princípios fundamentais, impondo aos Tribunais responsabilidades decorrentes do controle da atividade estatal bem como na supressão das lacunas na sua atuação:

(...) os tribunais mostraram-se geralmente relutantes em assumir essas novas e pesadas responsabilidades (...). Eles devem de fato escolher uma das duas possibilidades seguintes: a) permanecerem fiéis, com pertinácia, à concepção tradicional, tipicamente do século XIX, dos limites da função jurisdicional, ou b) elevar-se ao nível dos outros poderes, tornar-se enfim o terceiro gigante, capaz de controlar o legislador mastodonte o leviatanesco administrador³⁴⁶.

A despeito das procedentes críticas do professor florentino, o risco que se corre em elevar o Judiciário a um terceiro gigante na estrutura estatal, não é menor do que a passividade diante da ineficiência estatal, quando se trata do interesse público.

A interpretação concretizadora aqui defendida supera até mesmo a idéia do “legislador positivo”, que é defesa aos magistrados, uma vez que se parte de uma

interpretação conforme a constituição, de um dispositivo positivado na Lei 9.296, qual seja, a leitura do art. 71 daquela Lei, à luz da função social da propriedade, exigida pela Constituição em seu art. 5º XXIII.

Quanto ao dogma da separação dos poderes, é interessante a lição de ANA PAULO BARCELLOS:

A separação dos poderes e o princípio majoritário são muitas vezes apresentados como um obstáculo absoluto ao conhecimento e deferimento, pelo Poder Judiciário, de prestações positivas a serem custeadas pelo Poder Público com fundamento em normas-princípio, ou seja, à eficácia positiva ou simétrica de tais normas³⁴⁷.

Entre os principais argumentos contra a atuação do judiciário quando se demandam ações positivas do Estado estão:

- a) a invasão da competência do Legislativo e do Executivo pelo Judiciário, o que romperia o equilíbrio entre os poderes;
- b) a falta de legitimidade do Judiciário para fixar políticas públicas;
- c) a limitação dos recursos, e a exclusiva missão do Executivo para aplica-los, uma vez que o Judiciário não tem função política;
- d) a atuação meramente casuística e não global, nas decisões judiciais, o que resultaria numa insensibilidade em relação ao impacto dessas decisões.

Em que pese, todos os argumentos acima sejam defensáveis, eles sucumbem exatamente quando confrontados pela atuação em favor de direitos fundamentais que após conflitados, precedam, no juízo de ponderação feito de forma racional no caso concreto.

³⁴⁶ CAPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Trad. Carlos Alberto de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1993, reimpressão 1999, p. 49

³⁴⁷ BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 209.

Significa dizer, que por mais forte que pareçam os argumentos em contrário à atuação emancipatória do Judiciário, a decisão jussfundamentada, poderá superá-los.

A separação dos poderes como dogma, há que ser superada, na medida em que a sociedade evoluiu e se tornou mais complexa. Em Estados nos quais o paradigma não é apenas liberal, e sua atuação cada vez mais necessária, impõem uma relativização do modelo de Montesquieu.

As funções do Estado se completam e devem conviver em harmonia, mas são marcadas hodiernamente pela atipicidade, como é fato no ordenamento constitucional brasileiro, que o Executivo tenha algumas atribuições legiferantes de urgência ou delegação. O Legislativo por sua vez, de acordo com as prescrições determinadas pelo constituinte de 1988, realizam atividades tipicamente jurisdicionais, a partir das Comissões Parlamentares de Inquérito, ou no já exercido fórum do *impeachment*.

Não há, pois, razão para temer uma atuação mais propositiva e concreta do Judiciário, poder que o é, quando atuando nos limites impostos pela Constituição.

24 Da proposta emancipatória da sindicabilidade da licença compulsória e os problemas na esfera do comércio internacional

Já foi tratado com muito cuidado neste trabalho, o fato de que a Lei de Patentes no que tange à proteção da invenção de medicamentos, mais precisamente da indústria farmacêutica que investe milhões de dólares na pesquisa e desenvolvimento, só foi regulamentada no Brasil depois de décadas de pressões internacionais, principalmente das indústrias farmacêuticas norte-americanas. Em se aceitando a idéia de sindicabilidade da licença compulsória, o Brasil não enfrentaria problemas naquele fórum de comércio internacional?

O Brasil havia decidido a partir de 1945 a não patentear produtos farmacêuticos e a partir de 1969 eliminou as patentes para os processos farmacêuticos. Tal decisão foi tomada em conformidade com a Convenção de Paris de 1883, que permitia a exclusão do patenteamento de qualquer produto essencial, por razões de interesse social, ameaça à saúde e à segurança pública³⁴⁸.

Mas a partir de 1988, quando foi constatado que o Brasil ocupava o sétimo lugar no ranking farmacêutico mundial, é que o país começou a receber pressões externas, principalmente vindas dos Estados Unidos, mediante lobby orquestrado pela *Pharmaceutical Manufacturers Association* (PMA), a maior representante dos laboratórios farmacêuticos norte-americanos. Tais pressões conforme já visto resultaram em retaliações econômicas (sobre papéis, produtos químicos e eletroeletrônicos), que só foram suspensas em 1989, quando no Governo Sarney foi encomendado a OMPI (Organização Mundial de Propriedade Intelectual) a redação de uma nova legislação sobre patentes³⁴⁹.

³⁴⁸ Cf. HERINGER, op.cit., p. 42

³⁴⁹ COSTA, Antonio Luiz Monteiro Coelho da. **A Batalha das Patentes**. In. Revista Isto É n. 1639, 28/2/2001

Em 1991, o governo Collor enviou ao Congresso Nacional o projeto da lei de patentes, que em junho/1993 recebeu na Câmara dos Deputados, inúmeras emendas que praticamente inviabilizavam o projeto.

Em fevereiro de 1996 finalmente a maior parte das Emendas da Câmara foram rejeitadas no Senado Federal o que viabilizou a aprovação da Lei 9.296/96 em abril de 1996, com vigência a partir de um ano após a publicação.

Em fevereiro de 2001, o Brasil travou na OMC uma batalha contra os laboratórios americanos, que resultante de uma queixa protocolada pelos Estados Unidos em razão da ameaça brasileira de quebrar as patentes de medicamentos que compunham o coquetel de combate aos efeitos da AIDS³⁵⁰.

O laboratório americano Merck, fabricante do Efavirenz, reduziu em 60% o custo deste medicamento para evitar que o Brasil levasse a cabo a gestão de licenciamento compulsório. Outros medicamentos componentes do coquetel estavam imunes às patentes por serem produzidos anteriormente a Lei 9.296. Além de tudo os Estados Unidos retirou em junho de 2001 a queixa que havia sido protocolada na OMC. Desde então ganhou corpo a idéia de que a vitória obtida na OMC em relação aos medicamentos para o tratamento dos efeitos da AIDS serviria como paradigma para as políticas de saúde nessa área no Brasil³⁵¹.

Não foi exatamente o que ocorreu, conforme se demonstrou também nos itens anteriores da segunda parte deste trabalho. Portanto, o risco que se corre ao aceitar o posicionamento emancipatório do Poder Judiciário, não é diferente dos riscos já mencionados, de sanções impostas pela simples ameaça da utilização da licença compulsória pelo poder Executivo.

³⁵⁰ GALVÃO, Jane. op.cit., p. 04

³⁵¹ Ver tratamento completo sobre o tema no item 4.1 na parte II desta pesquisa.

25 Da atuação do legislativo em relação à problemática das patentes de medicamentos

Como visto anteriormente o Executivo não tem obtido muito sucesso, diante das pressões internacionais que visam manter as patentes sobre os medicamentos incondicionalmente, ressalvado o caso da batalha travada em relação aos medicamentos do coquetel para combater os efeitos da AIDS.

O legislativo, por sua vez, também tem encaminhados projetos, rediscutindo a política de patentes, demonstrando assim o inconformismo dos representantes eleitos pela sociedade, com a imposição do monopólio patentário.

A título de exemplo, em 01 de junho de 2005, foi aprovado por unanimidade, na Comissão de Constituição e Justiça da Câmara dos Deputados Federais, o parecer favorável do relator deputado Antonio Carlos Biscaia, ao projeto de lei nº 22/2003 de autoria do deputado Roberto Gouveia do PT/SP, com a seguinte ementa:³⁵²

Inclui a invenção de medicamento para prevenção e tratamento da Síndrome de Imunodeficiência Adquirida - SIDA / AIDS e de seu processo de obtenção como matérias não patenteáveis.

O projeto ainda segue para o Senado, antes de ser levado a plenário, mas é uma demonstração pelo Congresso, da busca por mudanças na política de patentes de medicamentos hoje vigente.

Seguem nessa trilha, também os Projetos de Lei³⁵³ de nº 230/2003, de autoria do deputado José Aristodemo Pinotti do PMDB/SP que versa sobre o licenciamento compulsório para as patentes sempre que os laboratórios estatais produzirem os medicamentos; o de nº 4.678/2001, também versando sobre a liberação das patentes para os remédios contra os

³⁵² Disponível em: <<http://www.camara.gov.br>> acesso em 08 de junho de 2005.

³⁵³ Ibid.

efeitos da AIDS; o de nº 3562/2000 de autoria do deputado Raimundo Gomes de Matos PSDB/CE, também tratando da licença compulsória de medicamentos.

Enfim, vários outros projetos de lei, todos dependendo de apreciação pelo plenário, mas com objetivo comum de atender ao interesse público já previsto na Lei 9.279/96 ou ampliar seu alcance.

26 Ação Civil Pública, o mecanismo jurídico mais adequado para a busca da tutela jurisdicional dos direitos sociais

O papel do poder judiciário, está sofrendo um deslocamento de guardião de tutelas exclusivamente individuais, para a ampliação dos horizontes processuais na defesa dos interesses difusos e coletivos, o que permite a atuação deste poder, diretamente na transformação social, a partir do princípio da dignidade da pessoa humana.

Neste sentido é interessante a opinião de ANDRÉ RAMOS TAVARES:

Embora se verifique uma mudança na Estrutura do Poder Judiciário com a Constituição de 1988 (embora, ainda, com severas críticas quanto ao STF), pode-se afirmar que houve sensível reformulação quanto a suas competências, especialmente para admiti-las quanto aos interesses difusos e coletivos³⁵⁴.

Nessa esteira, ROSALINA CORREIA DE ARAÚJO, constata a atuação do Poder Judiciário como instrumento de transformação social a partir da sindicabilidade dos interesses difusos e coletivos:

Neste sentido, a Constituição de 1988 criou e consolidou, instrumentos que lhe permitiram superar os modelos processuais clássicos, destinados exclusivamente à proteção dos direitos individuais isoladamente, ou em conjunto nos limites da legislação processual. A viabilização legislativa e judicial dos interesses difusos e coletivos esvaziou a força dos conflitos de maior complexidade, pois, à medida em que o texto constitucional possibilitou judicialmente a discussão desses conflitos, não apenas requalificou o papel do Poder Judiciário no processo de transformação da sociedade, como também tornou passível de avaliação jurídica outras complexidades, com natureza inclusive política e social³⁵⁵.

³⁵⁴ TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 871

³⁵⁵ ARAÚJO, Rosalina Corrêa de. **O Estado e o poder judiciário no Brasil**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2000.

Conforme se verificou, a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, não se sustenta como tutela para a proteção do direito a saúde, em se tratando do permissivo do art. 71 da Lei 9.296.

Mas em vários dos acórdãos citados, ficou demonstrado que o meio utilizado com maior sucesso e adequação foi o da ação civil pública.

Prevista na Lei 7347/85, a Ação Civil Pública legitima ao Ministério Público e à sociedade civil organizada por meio de associações, intentá-la para a defesa dos interesses difusos, que estão diretamente ligados à implementação dos direitos sociais³⁵⁶.

Antes da entrada em vigor da Lei da Ação Civil Pública não havia mecanismos legais para que os interesses difusos e coletivos fossem amplamente tratados. Somente os Mandado de Segurança.

Conforme relato de ÉDIS MILARÉ³⁵⁷, especialista em direito ambiental dois fatos ilustram bem a importância e a eficiência da Ação Civil Pública:

O primeiro deles ocorrido no Rio Grande do Sul em 1984 e portanto antes da entrada em vigor da Lei de Ação Civil Pública, quando foi detectado que a safra de morangos gaúcha estava contaminada com excesso de agrotóxicos, colocando em risco a saúde da população consumidora. O governador resolveu não embargar a comercialização temendo as ações indenizatórias dos produtores, cabendo a cada consumidor que se sentisse lesado, propor isoladamente seu pleito.

No ano seguinte, já sob a vigência da lei, o leite em pó importado pelo Brasil, junto à Ucrânia, estava sob suspeita, após o desastre nuclear de Chernobyl naquele país, então pertencente à extinta União Soviética. Imediatamente o Ministério público intentou uma Ação

³⁵⁶ Cf. KRELL, Andreas. **Direitos sociais e o controle judicial no Brasil e na Alemanha**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2002, p. 104.

Civil Pública e obteve a suspensão do comércio dos lotes importados do leite sob suspeita, além de barrar a importação do produto.

Segundo LUIS ROBERTO BARROSO³⁵⁸, após a promulgação da Constituição de 1988, houve uma recepção qualificada da ação civil pública, uma vez que passou a ser função institucional do Ministério Público “promover o inquérito civil e a ação civil pública para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos”³⁵⁹.

Já a Lei Complementar nº 75/93, estabelece em seu art. 5º as funções institucionais do Ministério Público: V- zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos da União e dos serviços de relevância pública quanto: a) direitos assegurados na Constituição relativos às ações e aos serviços de saúde e educação”.

Por outro lado, a Constituição de 1988 deixa claro que “a legitimação do Ministério Público para as ações civis previstas neste artigo (129) não impede a de terceiros, nas mesmas hipóteses, segundo o disposto nesta Constituição e na lei”³⁶⁰.

O objeto da ação civil pública é amplo, além do aludido é a proteção do patrimônio público, meio ambiente, mas amplia-se consideravelmente ao expressar a proteção dos interesses difusos e coletivos.

Não se pode esquecer, que a ação civil pública, pode vir precedida, ou mesmo vir a abrir espaço, para o inquérito civil, sempre presidido pelo Ministério Público, e que será um efetivo instrumento para aferir os elementos necessários para a conclusão *in casu* a partir de um juízo de ponderação entre os direitos fundamentais colidentes.

³⁵⁷ AÇÃO civil pública completa 20 anos. In RT Informa nº 37 maio/junho 2005. Revista dos Tribunais, 2005, p. 04.

³⁵⁸ BARROSO, op.cit., p. 217

³⁵⁹ Cf. art. 129, III da Constituição Federal.

³⁶⁰ Art. 129, parágrafo 1º da Constituição Federal.

O direito fundamental à saúde entendido como direito a receber do Estado medicamentos gratuitamente, e a possibilidade de dever do Estado, de impor licença compulsória para a produção de medicamentos, em atenção ao interesse público, compõe o âmbito de proteção do direito difuso dos usuários destes medicamentos, o que se pode denominar de direitos transindividuais.

O fato de que a ação civil pública pode ser intentada pelo Ministério Público, Estatias e pelas Associações de Defesa de Interesses Coletivos ou Difusos, faz com que esteja ao alcance de um grande número de legitimados.

Por outro lado a decisão além das punições pecuniárias, indenizações, envolve obrigações de fazer e de não fazer³⁶¹.

Dessa maneira, a Ação Civil Pública, tem o condão de ser o meio mais eficaz para levar à apreciação do Poder Judiciário a questão alusiva ao licenciamento compulsório.

Em uma situação hipotética, imagine-se a necessidade de importação de um determinado medicamento de nova geração e comprovada eficiência, indispensável ao tratamento de uma doença crônica.

Diante desta situação, como outras tantas já existente, o Estado se vê impotente por não possuir recursos orçamentário a curto prazo, a ponto de fazer frente às despesas decorrentes desta importação.

Some-se a esta hipótese, a capacidade dos laboratórios estatais ou credenciados, para produzir o medicamento genérico, a partir da fórmula do original, o que não o fazem por conta do bloqueio patentário.

Esta é exatamente a hipótese, em que se defende, o Ministério Público, ou uma Associação de Proteção aos Portadores daquela doença, ingressem com uma Ação Civil

Pública em face da União, determinando que a mesma licencie compulsoriamente a patente daqueles medicamentos, suspendendo-a por um tempo necessário ao afastamento da situação ensejadora daquela necessidade.

A decisão enfrentará uma situação concreta, onde deverá ser demonstrado interesse público daquele medicamento, a ausência de outro que possa substituí-lo com a mesma eficácia e a escassez dos recursos estatais naquele momento.

A decisão poderá também fixar um prazo máximo tanto para a concessão da licença compulsória, quanto para a sua duração.

A antecipação da tutela, pode ser concedida, assim também a liminar, nas hipóteses processualmente previstas.

Em sede de defesa admite-se a atuação da empresa fabricante no pólo passivo como litisconsorte necessária, e leve-se ao juízo de ponderação todos os argumentos válidos, como por exemplo, a inexistência de risco epidêmico ou de necessidade crônica de um número alto de pacientes, a previsão orçamentária destinada a medicamentos que serão substituídos por essa nova fórmula, superávit orçamentário e até mesmo uma hipótese de redução de preços competitivos em relação àqueles que seriam praticados em caso de produção destes medicamentos genericamente.

Não restam dúvidas que a atuação do intérprete, notadamente o Judiciário, há que ser criteriosa, e sua decisão fundamentada, sob o prisma da nova hermenêutica constitucional, a exemplo do acórdão exposto na Ap. Civ. 261.220 do TRF da 3ª Reg., aliás já mencionada neste trabalho³⁶².

³⁶¹ Lei 7347/85 art. 3º.

27 À GUIA DE CONCLUSÃO

O direito fundamental à saúde está expresso na Constituição, tratando-se de norma fundamental de natureza social prestacional.

Diante de uma Constituição que contempla os direitos fundamentais abrigados sob o Título dos Direitos e Garantias Fundamentais, não há mais sentido em adotar eficácia diferida aos direitos de natureza social. Em que pese o valor histórico reconhecido a classificação dimensional dos direitos fundamentais, o mesmo não se pode afirmar quanto a clássica teoria da aplicabilidade das normas constitucionais apresentada no Brasil por intermédio de JOSÉ AFONSO DA SILVA, e refundada por outros autores de igual importância, como CELSO RIBEIRO BASTOS, CARLOS AYRES BRITO, MARIA HELENA DINIZ, entre tantos outros, abandonando o dogma da existência de normas constitucionais programáticas (dependentes exclusivamente da atuação estatal para terem eficácia jurídica).

Mais acertada, embora não menos contestada, a classificação de RONALD DWORKIN, desenvolvida por ROBERT ALEXY, reconhecendo a normatividade das normas constitucionais e classificando-os como princípios e regras.

Aliás, o desenvolvimento de uma Teoria dos Direitos Fundamentais por ALEXY, permite ainda que se discuta uma hermenêutica constitucional emancipatória, a partir da sindicabilidade de todos os direitos fundamentais, a partir do princípio da dignidade da pessoa humana.

A idéia da solução das colisões entre direitos fundamentais, permite analisar sob a ótica do juízo de proporcionalidade, a melhor maneira para solucionar *os hard cases*.

³⁶² Ver Capítulo 3 item 18.

A contribuição de LUIS ROBERTO BARROSO, com sua Interpretação e Aplicação da Constituição, favorece a disseminação das possibilidades hermenêuticas especificamente para interpretação de normas constitucionais fundamentais.

O direito de propriedade, por seu turno, deve ser analisado também sob a ótica de um direito fundamental, mas atendendo a um limite interno para sua consecussão, que é a obrigatoriedade de que cumpra sua função social.

Quando se trata da propriedade intelectual, expressa a partir da proteção patentária auferida à propriedade industrial, a análise deve ser feita levando-se em conta todas as implicações possíveis.

Primeiramente, é necessário entender que a Convenção da União de Paris, do ano de 1883, da qual o Brasil foi um dos signatários, sempre permitiu uma relativização à proteção do monopólio patentário, quando estivesse em jogo interesses sociais.

A despeito da pressão sofrida pelo Brasil pela inclusão da proteção de patentes aos medicamentos e seu processo inventivo, o que favorece os laboratórios estrangeiros, a legislação aprovada (Lei 9.296/96) deixou aberta a possibilidade de se suspender tal proteção em casos de interesse público, além de outras hipóteses como o abuso econômico ou a não fabricação e exploração comercial do produto.

Em se tratando de uma das formas de garantia do direito à saúde, a distribuição de medicamentos, vem sido reconhecida pelos tribunais pátrios como um direito subjetivo, existindo inúmeras decisões nesse sentido.

Reconhecido também os milhões de dólares gastos anualmente com a pesquisa e o desenvolvimento de novos medicamentos, o que de fato encarece o preço destes ao consumidor final.

Diante dessa realidade, países em desenvolvimento como o Brasil, têm dificuldades de cumprir suas promessas constitucionais de uma constituição dirigente.

Mas o caminho das licenças compulsórias, acenado pelo art. 71 da Lei 9.296/96, inicialmente pode levar ao entendimento de que se trata de competência exclusiva do Poder Executivo, imune a sindicabilidade por parte do Judiciário.

Ocorre, que conforme se defende, não se trata de um poder ou uma discricionariedade do Executivo, mas de um poder-dever.

Daí, sua superação a partir da gestão do poder judiciário, devidamente provocado, superando outro dogma, da separação dos poderes.

Sabe-se de todos os riscos que a atuação concreta do judiciário pode gerar, mas conforme se viu nos acórdão citados, se escolhida uma metódica que permita que a decisão decorra de uma fundamentação racional, pode se justificar as decisões tomadas em casos específicos, onde estejam presentes todos os elementos que ensejem tal escolha.

Finalmente defende-se que o meio próprio para a atuação jurisdicional é a Ação Civil Pública, uma vez que a Ação Direta de Inconstitucionalidade, reduz os legitimados e tem na sua decisão quanto à omissão estatal, eficácia mínima, ou quase nula, e levando-se ainda em conta, que os pleitos individuais do Mandado de Segurança, não vinculam aos laboratórios, resta aquela via, que ainda tem como vantagem o Inquérito Civil e a possibilidade dos termos de ajuste de conduta.

Portanto, a contribuição que se espera tenha sido atingida com a presente pesquisa, é no sentido de possibilitar o acesso à justiça de um maior número de pessoas que depende do atendimento público na distribuição de medicamentos, não ficando a mercê da decisão política do administrados, nem dos acordos internacionais, pensando o direito como meio eficaz de transformação da realidade social.

28 Conclusão Tópica

De forma tópica podem ser fixados os seguintes pontos da presente pesquisa:

1- Os direitos sociais são direitos fundamentais, e para tanto, devem receber o mesmo tratamento de outros direitos fundamentais expressos na Constituição Federal.

2- As normas constitucionais são formadas por regras e princípios, sendo que estes últimos compõem a maioria dos direitos fundamentais.

3- Os direitos fundamentais são limitados e os limites podem estar previstos no próprio texto constitucional, como é o caso da limitação ao direito de propriedade, que é a exigência de que a propriedade cumpra uma função social.

4- A interpretação das normas constitucionais deve ser feita de modo diferenciado, aplicando-se à elas uma hermenêutica especificamente constitucional.

5- Não importa o método de interpretação que será utilizado, mas não se pode prescindir da utilização do juízo de ponderação, implicando este, numa análise da adequação dos meios, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito, antes de se optar pela aplicação de um princípio em detrimento do outro.

6- O direito à saúde é viabilizado entre outras políticas públicas, pela política de medicamentos.

7- Há uma grave crise na distribuição de medicamentos no Brasil, em virtude da escassez dos recursos públicos.

8- A política de patentes de medicamentos, foi implementada no Brasil a partir de 1997, em razão da lei 9.279/96, que por sua vez decorreu da pressão dos laboratórios estrangeiros, especialmente dos Estados Unidos da América.

9- A invenção dos medicamentos demanda pesquisa, e, muitas vezes, milhões de dólares são investidos pelos laboratórios multinacionais para pesquisa e desenvolvimento dos medicamentos.

10- Os medicamentos genéricos são evidentemente mais acessíveis, sem no entanto diminuir ou comprometer a qualidade;

11- A legislação brasileira permite a licença compulsória em algumas hipóteses expressamente previstas, entre elas, em caso de interesse público.

12- Esta autorização constitui-se num poder-dever do Estado, não ficando no seu âmbito de discricionariedade a concessão da licença compulsória.

13- Muitas vezes a gestão se dá no campo das relações internacionais, sendo o que ocorreu no caso dos medicamentos que formam o coquetel para combater os sintomas da AIDS.

14- Outras vezes é o legislativo que busca modificar o direito posto, para favorecer o acesso da população aos medicamentos de forma gratuita.

15- O Poder Judiciário, pode desde que provocado, decidir demandas referentes a pedido de licença compulsória.

16- Essas demandas são mais eficazes, quando o pleito é feito através de ação civil pública.

17- A ação civil pública amplia não só o rol dos legitimados a propô-la quanto dos beneficiados por seus resultados;

18- Os laboratórios devem constar do pólo passivo nas ações, como litisconsortes necessários, com direito a ampla defesa e contraditório.

19- As licenças compulsórias devem ser deferidas a partir de uma análise que leve em conta a ponderação de direitos fundamentais (o direito à saúde e o direito à propriedade e sua função social).

20- A atuação positiva do poder Judiciário é indispensável para Estados que adotam os direitos sociais como objeto de transformação da sociedade a partir de uma constituição emancipatória.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales (Theorie Der Grundrechte)* Trad. Esp. Ernesto Garzon Valdés ., Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 2002.

AMARAL, Gustavo. **Direito, escassez e escolha**. São Paulo:Renovar, 2001.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976**. Coimbra: Almedina, 1987.

ARAÚJO, Rosalina Corrêa de. **O Estado e o poder judiciário no Brasil**.Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2000.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**. São Paulo: Malheiros, 2003.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARROS, Sérgio Rezende de. **Direitos humanos: paradoxo da civilização**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

BARROS, Suzana de Toledo. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**, Brasília-DF: Brasília Jurídica, 1996.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição**. São Paulo. Editora Saraiva. 1996.

_____. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BASTOS, Celso Ribeiro; BRITTO, Carlos Ayres. **Interpretação e aplicabilidade das normas constitucionais**. São Paulo: Saraiva, 1982.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro:Ed. Campus, 1992.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 11 ed. São Paulo: Malheiro Editores, 2001.

BRANCO Paulo Gustavo Gonet , **Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais**, Brasília: Brasília Jurídica, DF: 2000.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Manual de interpretação constitucional**. São Paulo. Editora Saraiva, 1997.

CAHALI, Yussef Said (Org.). **Novo Código Civil**: Lei 10.406/2002, em vigor a partir de 11.01.2003. 4 ed. São Paulo: RT, 2002.

CALLIARI, Virgínia Wargha. **A função das normas constitucionais programáticas**. Dissertação de mestrado, 2000. Curitiba. Universidade Federal do Paraná, 2000.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Relatório da CPI-Medicamentos**. Relator Dep. Ney Lopes, Brasília, maio 2000.

CAMPILONGO, Celso Fernando (orientador). **Política de patentes e o direito de concorrência**. in PICARELLI, Márcia Flávia Santini e ARANHA, Márcio Iorio. **Política de patentes em saúde humana**, São Paulo: Atlas, 2001.

CANARIS, Claus Willtelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenhian, 1989.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**, . 2 ed. Coimbra: Almedina, 1998.

_____. **Constituição dirigente e vinculação do legislador** Coimbra. Coimbra , 1994.

CAPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Trad. Carlos Alberto de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1993, reimpressão 1999.

CASTILHO, Ela Wiecko Volkmer de. **Patentes de produtos de origem biológica**. in PICARELLI, Márcia Flávia Santini e ARANHA, Márcio Iorio. **Política de patentes em saúde humana**, São Paulo: Atlas, 2001.

CLÈVE, Clèmerson Merli. **A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro**. São Paulo: RT, 1995.

COSTA, Antonio Luiz Monteiro Coelho da. **A Batalha das Patentes**. In. Revista Isto É n. 1639, 28/2/2001.

DEL NERO, Patrícia Aurélia. **Propriedade intelectual: a tutela jurídica da biotecnologia**. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1998.

DI BLASI, Gabriel; GARCIA, Mario Soerensen; MENDES, Paulo parente M. **A propriedade industrial: os sistemas de marcas, patentes e desenhos industriais analisados a partir da Lei n. 9279, de 14 de maio de 1996**. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

ENTERRIA, Eduardo Garcia de. *La constitucion com norma y el tribunal constitucional*. Madrid. Civitas, 1985

FARIAS, Edilsom Pereira de. **Colisão de direitos: A honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor.

FERRAZ, Anna Candida da Cunha. **Processos informais de mudança da constituição**. São Paulo. Max Limonad. 1986.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos humanos fundamentais**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

FONSECA, Antonio. **Exaustão internacional de patentes e questões afins**. in PICARELLI, Márcia Flávia Santini e ARANHA, Márcio Iorio. **Política de patentes em saúde humana**, São Paulo: Atlas, 2001.

FURTADO, Lucas Rocha. **Licenças compulsórias e legislação brasileira sobre patentes**. in PICARELLI, Márcia Flávia Santini e ARANHA, Márcio Iorio. **Política de patentes em saúde humana**, São Paulo: Atlas, 2001.

GALVÃO, Jane. **A política brasileira de distribuição e produção de medicamentos anti-retrovirais: privilégio ou um direito?** In Cadernos de Saúde Pública, Rio de Janeiro, 18(1)213-219, jan-fev,2002.

GOUVEA, Marcos Maselli. **O controle judicial das omissões administrativas**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

HABERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição. Contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1997.

HERINGER, Astrid. **Patentes farmacêuticas e propriedade industrial no contexto internacional**. Curitiba: Juruá:2001.

HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Medes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1991.

_____. **Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha**. Trad. Luis Afonso Heck. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1998.

JELLINEK, Georg. **Teoria general del Estado**. Trad. Por Fernando de los Rios. 2 ed. Buenos Aires: Editorial Albatroz, 1974.

LAMEGO, José. **Hermenêutica e jurisprudência**. Lisboa: Fragmentos, 1990.

KRELL, Andreas. **Direitos sociais e o controle judicial no Brasil e na Alemanha**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2000.

LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. **A estrutura normativa dos direitos fundamentais sociais**. 2002. Dissertação mestrado em direito. Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2002.

MALISKA, Marcos Augusto. **O direito a educação na constituição de 1988**. Dissertação apresentada para obtenção do grau de mestre, UFPR, 2000.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. 3. ed. Coimbra: Coimbra, 2000, Tomo IV, p. 53.

MITELBACH, Maria Margarida Bach. **Algumas considerações sobre o sistema de patentes e a saúde humana**. in PICARELLI, Márcia Flávia Santini e ARANHA, Márcio Iorio. **Política de patentes em saúde humana**, São Paulo: Atlas, 2001.

MORO, Sérgio Fernando. **Desenvolvimento e efetivação judicial das normas constitucionais**. São Paulo: Max Limonad, 2001.

MULLER, Friedrich. **Direito linguagem violência. Elementos de uma teoria constitucional**. Trad. Peter Naumann. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1995.

PAES, P. R. Tavares. **Nova lei da propriedade industrial**: Lei 9.279 – 14.05.96: Anotações. São Paulo: RT, 1996.

PICARELLI, Márcia Flavia Santini; ARANHA, Marcio Iorio (Org.) **Política de patentes em saúde humana**. São Paulo: Atlas, 2001.

PIOVESAN Flávia. **Proteção judicial contra omissões legislativas: Ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção**. São Paulo. ed. Revista dos Tribunais, 1995.

_____. **Direitos humanos e direito constitucional internacional**. São Paulo: Max Limonad, 1996.

_____. **Temas de direitos humanos**. São Paulo: Max Limonad, 1998.

PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. **Eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais programáticas**. São Paulo: Max Limonad, 1999.

PINHO, Rodrigo César Rebello, **Teoria Geral das Constituições e Direitos Fundamentais**, 3ª edição – São Paulo – SP, ed. Saraiva, 2002.

SARLET, Ingo Wolfgang, **A eficácia dos direitos fundamentais**. 3. ed. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2003.

SEGATTO, Cristiane. **Super-remédios, para quem?** Revista Época, nº 363 de 02 de maio de 2005.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 14 ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

_____. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 3ª ed. São Paulo. Malheiros. 1998.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Princípios, mitos e equívocos acerca de uma distinção**. Revista Latino Americana de Estudos Constitucionais, n. 01 jan/jun 2003. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

SOARES, José Carlos Tinoco. **Comentários à lei de patentes, marcas e direitos conexos: lei 9279 – 14.05.1996**. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1998.

STEINNMETZ,, Wilson Antonio “**Colisão de direitos fundamentais e o princípio da proporcionalidade**” Dissertação de mestrado 2001, Universidade Federal do Paraná, 2001.

STUMM, Raquel Denize. **Princípio da proporcionalidade no direito constitucional brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995.

TARANTINO, Monica; CASTELLÓN, Lena. **Cabo de Guerra: o governo quebra a patente de um medicamento pela primeira vez**. *Istoé*, São Paulo, n.1665, p. 34, ago. 2001.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2003.

TEIXEIRA, Gilmário M. **Tuberculose – mobilização social, política e técnica e os programas de controle**. Boletim de Pneumologia Sanitária, v. 9, n. 1, p. 3-4, jan./jun. 2001.

THEODORO, Marcelo Antonio, **Direitos fundamentais e sua concretização**. Curitiba – PR: Juruá Editora, 2002

ZACHE, Juliane. **Dúvida no ar - médicos relatam falhas na eficácia de remédios genéricos e questionam a lei que regulamenta setor**. *Istoé*, São Paulo, n.1740, p. 42-45, fev. 2003.